

Derecho Penal

AÑO III NÚMERO 8

Anteproyecto de Código Penal de la Nación

Directores: Alejandro Alagia - Javier De Luca - Alejandro Slokar



Ministerio de
Justicia y Derechos Humanos
Presidencia de la Nación



Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE
INFORMACIÓN JURÍDICA

AÑO III - NÚMERO 8

Derecho Penal

PRESIDENCIA DE LA NACIÓN

Dra. Cristina Fernández de Kirchner

MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS

Dr. Julio Alak

SECRETARÍA DE JUSTICIA

Dr. Julián Álvarez

SUBSECRETARÍA DE ACCESO A LA JUSTICIA

Lic. María Florencia Carignano

**DIRECCIÓN NACIONAL DEL SISTEMA ARGENTINO
DE INFORMACIÓN JURÍDICA**

Dra. María Paula Pontoriero

.....

ISSN 2250-7558

Revista Derecho Penal

Año III - N° 8 - octubre 2014

Editado por la Dirección Nacional del Sistema Argentino de Información Jurídica.
Editorial Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, Sarmiento 329,
C.P. 1041AFF, C.A.B.A.

Directora Nacional: María Paula Pontoriero

Directora de Ediciones: Laura Pereiras

Coordinadoras de contenido: María Rosa Roble - Cecilia Vanin

Responsable de diseño gráfico: Gabriela Fraga

Correo electrónico: ediciones@infojus.gov.ar

La revista Derecho Penal y sus contenidos son propiedad del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.

El contenido de la revista expresa la opinión de sus autores y no necesariamente la del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.

La legislación, la jurisprudencia y los artículos de doctrina que integran esta publicación se encuentran disponibles en forma libre y gratuita en: www.infojus.gov.ar

Todos los derechos reservados. Prohibida su venta. Distribución gratuita. Se permite la reproducción total o parcial de este libro, su almacenamiento en un sistema informático, su transmisión en cualquier forma, o por cualquier medio, electrónico, mecánico, fotocopia u otros métodos, con la previa autorización del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.

Alejandro Alagia - Javier De Luca
Alejandro Slokar

Directores

Martín G. Degoumois - Ernesto Kreplak
Franco Picardi - Renato Vannelli Viel

Secretarios de Redacción

Francisco Figueroa - Antonela C. Ghezzi

María Ángeles Ramos - Emiliano Espejo

Bruno Netri

Colaboradores

Diego García Yomha - Juan Pablo Iriarte

Santiago Martínez - Nahuel Martín Perlinger

Colaboradores

Sección Organización Judicial

Consejo Académico

Eduardo Aguirre
Ricardo Álvarez
Gustavo Bergesio
Alberto Binder
Cristian Cabral
Carlos Caramuti
Mariano Ciafardini
María Graciela Cortázar
Carlos Cruz
Gabriel Di Giulio
Daniel Erbetta
Martín García Díaz
Adriana Gigena de Haar
Edmundo Hendler
Lucila Larrandart
Stella Maris Martínez
Luis Niño
Carlos Ochoa
Omar Palermo
Lucila Pampillo
Daniel Pastor
Jorge Perano
Gabriel Pérez Galimberti
Alfredo Pérez Galimberti
Marcelo Riquert
María Rosa Roble
Norberto Spolansky
Fernando Valsangiacomo Blanco
Gustavo Vitale
Raúl Zaffaroni

Editorial

Este número de la Revista de Derecho Penal tiene como unidad temática el Anteproyecto del Código Penal elaborado en 2013 por una comisión de especialistas creada por el Poder Ejecutivo de la Nación (Comisión para la Elaboración del Proyecto de Ley de Reforma, Actualización e Integración del Código Penal de la Nación, decreto PEN 678/12).

Al momento en que esto se escribe, la referida Comisión se encuentra en etapa de discusión y de recepción de propuestas y críticas de diversos sectores de la comunidad, con el fin de formular un trabajo final que será presentado al Congreso de la Nación como Proyecto de Código Penal.

La Comisión estuvo integrada por E. Raúl Zaffaroni, León Carlos Arslanián, María Elena Barbagelata, Ricardo Gil Lavedra y Federico Pinedo. El secretario fue Julián Álvarez y el coordinador, Roberto Manuel Carlés.

La editorial Infojus, así como otras, ha editado la obra durante lo que va de 2014.

También se han celebrado gran cantidad de jornadas de discusión y de exposición de trabajos sobre el Anteproyecto, que promovieron un debate del que nuestra *Revista de Derecho Penal* no podía estar ausente.

El Anteproyecto fue acompañado de un informe técnico, de una exposición de motivos, de un prólogo y de los fundamentos de las disidencias de los miembros de la Comisión, todo lo cual conforma un verdadero tratado de derecho penal. Creemos, en tal sentido, que resulta conveniente que los lectores se aproximen a ese material que constituye una fuente de conocimiento exhaustiva e ilustrativa de los criterios adoptados en cada caso y que, por lo tanto, es un verdadero texto de estudio.

Aquí, por tratarse de una mera presentación de las opiniones de distintos autores sobre el texto proyectado, solo nos resta advertir que el

trabajo de quienes codifican es sumamente dificultoso, máxime cuando integran una comisión de composición heterogénea y se abocan a una temática que, como la del derecho penal, está en permanente discusión, tanto en lo referido a sus postulados fundamentales como a la parte general y la especial.

En ningún otro lugar tanto como en este rige el principio que muestra la diferencia entre lo deseable y lo posible. Las críticas, las posiciones, las propuestas personales deben ser muchas veces resignadas y quedar postergadas para el futuro, deparadas a la evolución del derecho penal en el contexto en que es llamado a servir. Basta con recordar lo que ocurrió con el Anteproyecto de Código Penal de 2006: la discusión sobre la norma que proponía un nuevo caso de aborto no punible sirvió de excusa para opacar completamente los demás aspectos de un trabajo de más de un año y fue la principal causa utilizada como ariete para impedir el tratamiento legislativo del todo. En lugar de proponer quitar ese único artículo y discutir en el parlamento las bondades o desaciertos de la obra, se prefirió mantener el *statu quo*, un verdadero “Frankenstein” producto de las aproximadamente 900 reformas que sufriera el Código Penal de 1921 y de la proliferación de normas penales por fuera de ese cuerpo legal —que están insertas en las más variadas leyes especiales y que ningún jurista es capaz de conocer en su totalidad—. Parece mentira que con el altísimo nivel que tienen los juristas penales argentinos no hayan podido dotar a su propia comunidad de un cuerpo de leyes razonable y a la altura de las circunstancias, como manda la propia Constitución.

Las leyes penales de nuestro país deben estar agrupadas en un cuerpo legal, que llamamos Código Penal. Así lo ordenaba el art. 67, inc. 11, de la Constitución Nacional de 1853/60 y lo sigue ordenando el art. 75, inc. 12, de la nueva de 1994. Las razones son muy simples. De esa manera resulta sencillo al Estado comunicar su programa político criminal y, a los habitantes, conocer esa política para controlarla y para saber qué es lo que está prohibido, mandado o libre de hacer o dejar de hacer (art. 19 CN). Un verdadero plan de racionalización, acotamiento y reducción de la arbitrariedad de la autoridad en materia punitiva.

A ello se suma la ventaja de la sistematización, que permite la comparación interna y la adopción de criterios que, en cada caso deben ser armónicos, y estar en función del todo en el que están insertos y, además,

responder a los principios de jerarquía constitucional de los cuales derivan y que no están autorizados a contradecir.

En consecuencia, un Código Penal es una empresa de administración y control del poder punitivo y, en ese cometido, debe reflejar los principios de la democracia y estado constitucional de derecho, y las limitaciones y postulados que de ellos derivan. Asimismo, debe intentar concretar la coherencia en las respuestas punitivas, la armonización, la sistematicidad y la proporcionalidad.

Un Código Penal es una política de Estado que trasciende a todos los gobiernos y coyunturas políticas. Por ello, debe quedar exento de las propuestas demagógicas y populistas que tanto daño han hecho a la humanidad toda.

Como en las demás presentaciones, no emitiremos un juicio de valor sobre el contenido del presente número de la revista; ello depende de los trabajos agrupados en esta entrega —que, seguramente, no será la última con la misma discusión—.

Los directores

Índice General

Doctrina

p. I

La figura del consentimiento en torno al delito de promoción de la prostitución de mayores. Acerca del Anteproyecto de Código Penal de la Nación por GUSTAVO ARIEL FERNÁNDEZ.....p. 3

La necesidad de reforma del Código Penal por FRANCISCO FIGUEROAp. 17

El delito de sustracción de menores y su relación con la obstrucción o impedimento de contacto. ¿Puede el padre o la madre ser sujeto activo del delito previsto en el artículo 112 del Anteproyecto de Código Penal de la Nación? por HORACIO SANTIAGO NAGERp. 31

Las personas jurídicas en el Anteproyecto de Código Penal. ¿Responsabilidad penal? por FLORENCIA P. NOCEREZ.....p. 45

La protesta social en el Anteproyecto de Código Penal argentino. I Encuentro de Jóvenes Penalistas Universidad Nacional de Mar del Plata y AAPDP. por MARÍA ÁNGELES RAMOS.....p. 61

El Anteproyecto de Código Penal y la competencia en materia procesal penal del Congreso de la Nación. por PABLO ERNESTO ROSSI.....p. 75

Prisión domiciliaria para personas con hijos a su cargo sin distinción de sexo o género. Comentarios a la legislación actual y al último Anteproyecto de Código Penal. por RAMIRO JAVIER RUAp. 91

ÍNDICE GENERAL

Las principales ventajas jurídicas del Anteproyecto de Código Penal de la Nación
por CARLOS CHRISTIAN SUEIRO p. 109

La reglamentación legal de la prohibición constitucional
de penas ilícitas en el Anteproyecto del Código Penal
por PABLO ANDRÉS VACANI p. 129

Fuentes citadas p. 149

Índice temático p. 157

Esta publicación se encuentra disponible en forma libre y gratuita en: www.infojus.gob.ar



Doctrina

La figura del consentimiento en torno al delito de promoción de la prostitución de mayores

Acerca del Anteproyecto de Código Penal de la Nación

por **GUSTAVO ARIEL FERNÁNDEZ**⁽¹⁾

I | Introducción

Pese a los esmerados intentos doctrinarios tendientes a delimitar los elementos objetivos y subjetivos que debería contemplar el delito de promoción de la prostitución de personas mayores de edad, a lo largo de nuestra historia han tenido lugar diversos avances y retrocesos que impiden, incluso en la actualidad, aproximar posiciones y consensuar una futura norma al respecto.

En particular, ha suscitado una ferviente discusión, propiciada por distintas agrupaciones sociales, la cuestión atinente a si la figura del consentimiento de la víctima debe funcionar, o no, como una causal de atipicidad.

(1) Funcionario de la Defensoría General de la Nación. Abogado y profesor para la enseñanza media y superior en Ciencias Jurídicas (UBA). Actualmente cursa la Maestría de Derecho Penal (UBA).

El objeto principal del contencioso se centra en torno a que el Anteproyecto de Código Penal de la Nación, según la redacción dada al art. 130⁽²⁾ —actual art. 125 *bis*—,⁽³⁾ tiene previsto eliminar la falta de preeminencia que, en su vigente redacción, tiene el consentimiento de la víctima a la hora de conformar el injusto penal y, en tal caso, si esto podría operar en detrimento de la efectividad represiva.

En afán de intentar ofrecer otra mirada a esta discusión, importa reflexionar hasta qué punto es jurídicamente relevante el consentimiento de la víctima para conformar el delito de promoción de la prostitución de mayores de edad, correlativamente a lo que disponen otras normas de nuestro código de rito.

2 | Antecedentes legislativos

Históricamente, nuestros legisladores han pretendido sancionar la promoción o facilitación de la prostitución a través de diversos proyectos de ley, muchos de los cuales nunca fueron sancionados.

Así, se observa que los Proyectos de 1906 y de 1917 implantaban una presunción *iuris tantum* de autoría para los regentes de una casa de prostitución pública o clandestina. Esta forma de tipificar el delito fue la que, *a posteriori*, fue regulada en el Código Penal de 1921.

Esta visión —amplia— comenzó a acotarse recién a partir del Proyecto de 1937. Allí se exigía la presencia de algún vicio del consentimiento para sancionar penalmente a quien facilitara o promoviera la prostitución. En

(2) "Promoción de la prostitución de mayores y proxenetismo.

1. Será reprimido con prisión de tres (3) a ocho (8) años y multa de sesenta (60) a trescientos sesenta (360) días, el que con ánimo de lucro o para satisfacer deseos ajenos, promoviere o facilitare la prostitución de mayores de edad, mediando violencia, intimidación, engaño o abuso de una relación de dependencia, de autoridad o de poder.

2. Será reprimido con prisión de tres (3) a seis (6) años y multa de sesenta (60) a trescientos sesenta (360) días, el que explotare económicamente el ejercicio de la prostitución de una persona, mediando violencia, intimidación, engaño o abuso de una relación de dependencia, de autoridad o de poder" (art. 130, Anteproyecto de Código Penal de la Nación).

(3) "El que promoviere o facilitare la prostitución de una persona será penado con prisión de cuatro (4) a seis (6) años de prisión, aunque mediere el consentimiento de la víctima" (art. 125 *bis* CP, sustituido por art. 21 de la ley 26.842, BO 27/12/2012).

otras palabras, en caso de que la víctima del delito hubiese prestado libremente su consentimiento, la figura devenía atípica.

Este criterio fue el seguido, también, en los Proyectos de 1941 y de 1951, en los que se requería la comprobación de alguno de los medios comisivos allí consignados tales como el engaño, la fuerza o la intimidación.

En términos similares, el Proyecto de 1953 también tipificó el delito de promoción o facilitación de la prostitución exigiéndose —para el caso de mayores—, que se encontraran en una situación de imposibilidad de resistir, o que se hubiera empleado engaño, violencia o intimidación.

Luego, aunque momentáneamente, el Proyecto de 1960 adoptó una postura mucho más restrictiva al excluir la promoción o facilitación de la corrupción de mayores de edad, pero previendo, sí, el delito de “proxenetismo”, exigió como elemento objetivo del tipo el “ánimo de lucro” o la finalidad de “satisfacer deseos ajenos”.

Ulteriormente, la ley 25.087 introdujo el art. 126, que reprimía con reclusión o prisión de cuatro a diez años a quien, con ánimo de lucro o para satisfacer deseos ajenos, promoviére o facilitare la prostitución de mayores de dieciocho años de edad. A su vez, y retomando la idea iniciada en los proyectos de 1937, 1941, 1951 y 1953, exigió que debía mediar engaño, abuso de una relación de dependencia o de poder, violencia, amenaza, o cualquier otro medio de intimidación o coerción.

Finalmente, la ley 26.842 erigió la actual redacción del art. 125 *bis* que, además, modificó otras disposiciones anteriormente previstas por la ley 26.364 de Prevención y Sanción de la Trata de Personas y Asistencia a sus víctimas. En su actual configuración, y en concordancia a lo establecido en el Protocolo de Palermo —no erraríamos al considerarlo el acuerdo internacional más relevante en la materia—, el tipo básico le restó cualquier clase de efecto al consentimiento de la víctima y ya no exige que las acciones sean cometidas por algún medio en particular —engaño, fraude, violencia, amenaza, o cualquier otro medio de intimidación o coerción, abuso de autoridad, o de una situación de vulnerabilidad, o concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre la víctima—, los que sí quedaron previstos en la figura agravada del art. 126.

Así, recordemos que en el precitado Protocolo, al hablar de reducción de una persona a servidumbre o esclavitud, el consentimiento de la víctima resulta absolutamente irrelevante. Sin embargo, en lo que respecta a la promoción o facilitación de la prostitución, lo que se censura es la explotación de la prostitución, no así su libre ejercicio.

3 | Una decisión político-criminal

Es pertinente recordar que la prostitución aparece como una actividad que ha sido contemplada por normas jurídicas y que, por cuestiones de política criminal, las distintas naciones han ido prohibiendo, regulando o tolerando su ejercicio a lo largo de los años.

Y es que la política criminal, en tanto se inspira en los principios y valores que se derivan de la idea de dignidad de la persona y sus derechos fundamentales, es una cuestión eminentemente valorativa.

La dignidad de la persona humana, como elemento teleológico no puramente negativo, es la que permite afirmarla como sujeto. La dignidad significa, para Kant —tal y como expresa en la *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*—, que la persona humana no tiene precio, sino dignidad: “Aquello que constituye la condición para que algo sea un fin en sí mismo, eso no tiene meramente valor relativo o precio, sino un valor intrínseco, esto es, dignidad”.⁽⁴⁾ Es así que, en definitiva, la dignidad humana no es un derecho del hombre, sino el fundamento de los derechos que se le conceden.

En vista del propósito de preservar a las personas en toda su dignidad es que la mayoría de los países se enfrentan al fenómeno de la prostitución optando por uno de estos tres sistemas: 1) el abolicionista; 2) el prohibicionista, o; 3) el reglamentarista.⁽⁵⁾

(4) KANT, IMMANUEL, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, Pedro M. Rosario Barbosa (ed.), San Juan, Puerto Rico, 2007, pp. 47/48.

(5) APRAMP/FUNDACIÓN MUJERES, “La prostitución claves básicas para reflexionar sobre un problema”, [en línea] <http://www.angelesalvarez.com/wp-content/photos/la-prostitucion-claves-basicas-apramp.pdf>

El primero de ellos tiene por objeto luchar contra la reglamentación de la prostitución y sus principios fueron incorporados al texto del Convenio de Naciones Unidas del 02/12/1949. Bajo este sistema, el ordenamiento jurídico despenaliza el ejercicio de la prostitución y la persona que se prostituye pasa a ser considerada víctima de la propia actividad. Las normas penales tipifican exclusivamente la conducta de quienes se benefician (económicamente) de la prostitución ajena, **sin que en la valoración de los hechos se tenga en cuenta la existencia o no de consentimiento por parte de la víctima.**

Por su parte, el sistema prohibicionista es aquel en el cual el Estado sanciona penalmente a todas y cada una de las tres partes que necesariamente intervienen en el ejercicio de la prostitución, a saber, persona prostituida, proxeneta y cliente. De acuerdo con esta regulación, la persona prostituida es considerada delincuente y no víctima de la prostitución.

Finalmente, el sistema reglamentarista se sustenta sobre la base de considerar el fenómeno de la prostitución como un hecho inevitable, cuya existencia ha de ser aceptada por la sociedad.

En ese sentido, el Estado que adopta este tipo de sistemas accede a establecer un sistema de control de la actividad mediante el confinamiento de algunos de los elementos que intervienen en la misma. Tal es así que las personas que se prostituyen se someten a controles públicos —especialmente de carácter sanitario— estando prohibida y sancionada la prostitución clandestina ejercida al margen de su revisión por parte de los organismos estatales. Sin embargo, quedan fuera de cualquier tipo de sanción las personas que demandan este tipo de servicios.

Efectuada esta distinción, podemos concluir que nuestro país ha venido adoptado, claramente, el sistema abolicionista. Como se expuso *supra*, la valoración de los hechos efectuada bajo este sistema no debe considerar el consentimiento brindado por la víctima como factor de despenalización. Por ende, adoptar una posición que considere el consentimiento de la víctima como causal de exclusión de la tipicidad sería incompatible con la lucha que desde antaño se ha venido entablando contra la prostitución en nuestro país, propia de un sistema de corte abolicionista como el que se ha venido adoptando.

Así, por ejemplo, la llamada “Ley de Profilaxis” (ley 12.331) del año 1936, dispone, en su art. 15 que “Queda prohibido en toda la República el establecimiento de casas o locales donde se ejerza la prostitución, o se incite a ella”. Igual criterio se ha seguido al reglamentar la norma, en tanto en el art. 14 del decreto 102.466/1937 se exige que

Cualquier autoridad nacional, provincial o municipal que tenga conocimiento de la existencia de casas o locales donde se ejerza la prostitución o se incite a ella, estará obligada a denunciarlo a la policía para su inmediata clausura, debiendo esta última en todos los casos elevar los antecedentes a la justicia federal o letrada correspondiente para la aplicación de las sanciones que establece el art. 17 de la ley. Asimismo, las entidades que hubieran hecho la denuncia, la pondrán en conocimiento del Departamento Nacional de Higiene. Igual denuncia podrá ser hecha por particulares.

A pesar de estos esfuerzos normativos, la regulación que prevé el art. 130 del Anteproyecto de Código Penal de la Nación no se ajusta a la que parecería ser nuestra ideología político-criminal. Tal es así que, de aprobarse el texto propuesto, la conducta de aquellas personas que facilitaren el ejercicio de la prostitución —mediando el consentimiento de quienes la ejerzan— solo sería sancionada en virtud de lo dispuesto en el art. 17 de la ley 12.331,⁽⁶⁾ norma que fue redactada en el año 1936.

A partir de este palmario retroceso, no parece clara la postura que los legisladores pretenden adoptar frente al comercio sexual. ¿Lo combate o deja las puertas abiertas para una futura reglamentación? Y, en ese caso, ¿existe una propuesta seria y concreta para legislar la materia?

Entiendo que, si tal fuera el caso, el debate debería ser mucho más profundo y, previo a que un proyecto de tales características adquiera operatividad, han de contemplarse todas las aristas posibles.

(6) “Los que sostengan, administren o regenteen, ostensibles o encubiertamente casas de tolerancia, serán castigados con una multa de doce mil quinientos a veinticinco mil pesos. En caso de reincidencia sufrirán prisión de 1 a 3 años, la que no podrá aplicarse en calidad de condicional. Si fuesen ciudadanos por naturalización, la pena tendrá la accesoria de pérdida de la carta de ciudadanía y expulsión del país una vez cumplida la condena, expulsión que se aplicará, asimismo, si el penado fuese extranjero” (art. 17, ley 12.331).

4 | Análisis de la situación de vulnerabilidad de la víctima: consideraciones jurídicas

Del análisis del tipo penal previsto en el art. 130 del Anteproyecto de Código Penal de la Nación, se infiere una notoria modificación del escenario planteado, no solo por eliminar la falta de relevancia jurídica que actualmente tiene el consentimiento de la víctima, sino también por exigir distintos medios comisivos que el actual art. 125 *bis* del Código Penal no prevé (pero que sí están contemplados en la figura agravada del actual art. 126).

Así, el art. 130 proyectado requiere, por un lado, que el acusado evidencie un “ánimo de lucro” o la finalidad de “satisfacer deseos ajenos”; pero, a su vez, exige que medie violencia, intimidación, engaño o abuso de una relación de dependencia, de autoridad o de poder.

Este no es un dato menor, no solo por el retroceso evidenciado al eliminar el tipo penal básico (art. 125 *bis* CP), sino por que, a partir de ello, el consentimiento de la víctima pasa a cobrar una particular relevancia.

En otras palabras, con la figura propuesta, de tenerse por probado el consentimiento brindado por la víctima o, lo que sería más correcto, la falta de prueba de la existencia de algunos de los particulares medios comisivos previstos en la norma, el consentimiento de la víctima sería presumible *iuris tantum*. En consecuencia, de darse alguna de estas circunstancias, la conducta prevista en el art. 130 del Anteproyecto de Código Penal de la Nación será atípica.

Pero detengámonos un momento en la primera cuestión. Conforme tiene dicho la jurisprudencia,⁽⁷⁾ “promover” significa “iniciar”, “comenzar”, “empezar”, “dar principio a una cosa”, “adelantar” algo —“procurando su logro”—, “mover”, “llevar hacia adelante”, de modo que para perfeccionarse este núcleo no es necesario que se concrete la corrupción, pero tampoco es suficiente que solo se realicen actos preparatorios para ello: se requiere que el autor efectivamente inicie la corrupción del sujeto pasivo.

(7) SCJ BUENOS AIRES, “C., N. s/ Violación en concurso ideal con corrupción de menores”, P 66349 S (JUBA), 02/11/2005.

Por su parte, “facilitar” significa crear las condiciones para que algo sea posible o pueda “hacerse sin mucho trabajo” o pueda “suceder con mucha probabilidad”. Con ello, en el caso en que alguien “facilite” el ejercicio de la prostitución, podría afirmarse que en la mayoría de los casos, para ello, necesariamente se requerirá el consentimiento o la voluntad del sujeto pasivo.

En tal entendimiento, la idea de que la existencia de consentimiento de la víctima torna atípica la conducta prevista en el art. 130 *sub examine*, es a todas luces contradictoria con la significancia jurídica de la “facilitación de la prostitución”, perdiendo de vista que, más allá de que la víctima no haya sido objeto de violencia, engaño, intimidación o abuso de una relación de superioridad, su consentimiento bien puede estar condicionado a partir de una situación preexistente de vulnerabilidad.

Sobre este último concepto, las “100 Reglas de Brasilia” señalan que

... se consideran en condición de vulnerabilidad aquellas personas que, por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico.⁽⁸⁾

En línea con esta definición, establece la doctrina que “vulnerable es aquel que por una adversidad o circunstancia especial se encuentra con menos posibilidades defensivas que el común de las personas”.⁽⁹⁾

A su vez, en el hipotético caso en que se llegara a demostrar válidamente la existencia de alguno de los medios comisivos previstos, arduo será también asimilar dicha situación de violencia, engaño, intimidación o abuso de una relación jerárquica al supuesto consentimiento prestado por la víctima. Esto generaría una nueva dificultad en términos de eficacia represiva, en vista de que el nexo causal entre el medio comisivo y

(8) CUMBRE JUDICIAL IBEROAMERICANA, “100 Reglas de Brasilia para acceso a la Justicia de las personas en condición de vulnerabilidad”, [en línea] <http://www.cumbrejudicial.org/web/guest/110>, art. 1º.

(9) HAIRABEDIAN, MAXIMILIANO, *Tráfico de personas. La trata de personas y los delitos migratorios en el derecho penal argentino e internacional*, Bs. As., Ad-Hoc, 2009, p. 36.

el consentimiento prestado por la víctima debe demostrarse mediante pruebas fidedignas.⁽¹⁰⁾

A su vez, y conforme lo expuso la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, en caso de que se prevea considerar la situación de vulnerabilidad de la víctima, “esta ha de ser lo suficientemente grave como para invalidar el consentimiento de la víctima”,⁽¹¹⁾ con la consiguiente dificultad probatoria que tamaña empresa habrá de conllevar.

5 | El problema del consentimiento de la víctima

Considerar el consentimiento de la víctima como causal de atipicidad resulta incongruente con el resto de nuestro sistema normativo, planteando un claro retroceso respecto a la actual tipificación prevista en el art. 125 bis del Código Penal.

Conforme la regulación actual, el tipo penal quedaría configurado con la sola “promoción” o “facilitación”, más allá de sí las personas involucradas hubiesen consentido libremente su participación.

A su vez, para el caso específico en que la víctima no hubiere prestado su consentimiento, en mi opinión, la figura aplicable sería la del art. 145 ter del Código Penal (hecho típico contemplado en el art. 111 del Anteproyecto de Código Penal de la Nación),⁽¹²⁾ norma que —podría decirse— asimila

(10) ONU, OFICINA DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA DROGA Y EL DELITO, “Nota orientativa sobre el concepto de ‘abuso de una situación de vulnerabilidad’ como medio para cometer el delito de trata de personas, expresado en el artículo 3 del Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional”, punto 2.2, [en línea] http://www.unodc.org/documents/human-trafficking/2012/UNODC_2012_Guidance_Note_-_Abuse_of_a_Position_of_Vulnerability_S-1.pdf

(11) ONU, OFICINA DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA DROGA Y EL DELITO, “Nota orientativa...”, cit., punto 6.2.

(12) El art. 111 del Anteproyecto de Código Penal de la Nación reprime con prisión de tres (3) a ocho (8) años, “el que capture, transportare o recibiere a una persona para someterla a extracción forzada de órganos o tejidos, o a cualquier forma de explotación sexual o laboral, o el que con el mismo fin promoviére o facilitare su entrada o salida del país, aunque mediare el consentimiento de la víctima”. A su vez, en su inciso segundo, eleva la escala penal de cuatro (4) a diez (10) años: “a) Cuando mediare engaño, fraude, violencia, amenaza o cualquier

la lucha por la eliminación de la esclavitud con las campañas emprendidas para acabar con la reglamentación de los burdeles y las circunstancias que favorecen su ejercicio por parte de millones de mujeres.

Por ello, entiendo válido concluir que para que se configure el delito previsto en el art. 130 del Anteproyecto, no debería valorarse si la víctima prestó o no su consentimiento, lo cual devendría en un todo coincidente con el interés jurídico-social que está detrás de la sanción de la norma y, como advertí *supra*, la explotación sexual, a raíz de la falta de consentimiento de la víctima, ya está regulada por la norma que sanciona la trata de personas. En vista de esta circunstancia, parecería evidente que si lo que se pretende reprimir con la redacción del artículo en análisis es una conducta esencialmente disímil de la que sancionan los artículos referidos a la trata de personas, en este caso el consentimiento previo de la víctima no debería ser objeto de consideración para determinar la tipicidad del hecho.

En concordancia con la postura planteada, el “Protocolo para prevenir, sancionar y reprimir la trata de personas...” de la Organización de las Naciones Unidas, también establece que el consentimiento dado por la víctima no se tendrá en cuenta cuando se haya demostrado que el acusado ha recurrido, por ejemplo, a la “concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona...”,⁽¹³⁾ con lo cual ¿por qué obviar el hecho de que la víctima usualmente presta su consentimiento a cambio de pagos o beneficios y sancionar, únicamente, aquellos casos en que el consentimiento fuese logrado mediante violencia, intimidación, engaño o abuso de una relación de poder? Recordemos que el “Protocolo...” debe servir como un piso normativo que los Estados parte podrán luego ampliar, pero nunca reglamentar en desmedro de este mínimo legal.

De esa manera, si bien en el “Protocolo...” se admite el respeto que debe tenerse a la capacidad de los adultos de tomar por sí mismos decisiones acerca de su vida, nuestro Estado debe decidir si se aparta del sistema abolicionista que ha venido siguiendo, en línea con una decisión político criminal de combatir el comercio sexual ajeno.

.....
otro medio de intimidación o coerción, abuso de autoridad o de una situación de vulnerabilidad, o concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tuviere autoridad sobre la víctima”.

.....
(13) ONU, OFICINA DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA DROGA Y EL DELITO, “Trata de personas”, [en línea] http://www.unodc.org/documents/human-trafficking/HT_GPATleaflet07_es.pdf

Por otra parte, es mi opinión que, más allá de que el actual art. 125 *bis* (y lo mismo sucede en el caso del art. 130 del Anteproyecto de Código Penal de la Nación) se incluye en el capítulo de los delitos contra la integridad sexual, es posible sostener que más que en la lesión de la dignidad de la víctima particular, el bien jurídico tutelado por la norma no es solo la integridad sexual de la víctima, sino también el orden social, la seguridad y la salubridad pública.

En tal caso, entiendo que mal podría la víctima prestar su consentimiento para ser explotada sexualmente ya que, como bien dijo Jackos, en “los bienes de los que se puede disponer libremente, en los que el consentimiento ya excluye la realización del tipo, son sobre todo la propiedad, el patrimonio, los bienes personalísimos, como la libertad ambulatoria, el honor, el secreto de la correspondencia e incluso la integridad física; esta última, al igual que el honor y la libertad ambulatoria, sin embargo, solo en la medida en que son medios de desarrollarse libremente (p. ej., lesiones leves en prácticas sexuales), pero no base de ese libre desarrollo”.⁽¹⁴⁾

Por su parte, Roxin entiende que en aquellos delitos en donde el bien jurídico supone una lesión contra la comunidad, la posibilidad de consentimiento deviene nula o limitada porque el bien jurídico no está a su disposición. Agrega, a su vez, que este principio se mantiene aun cuando es una persona individual la que resulta inmediatamente afectada por el hecho, ya que ella no podría consentir la lesión de un bien jurídico que le es indisponible.⁽¹⁵⁾

En definitiva, y en línea con lo que concluyen Marcelo Colombo y María Alejandra Mángano, el consentimiento podría ser eficaz para excluir la tipicidad solo en aquellos delitos en los cuales el interés jurídico involucrado pueda ser disponible por su titular, no así en aquellos mediante los cuales se resguarda un interés social que, individualmente, deviene indisponible.⁽¹⁶⁾

(14) JAKOBS, GÜNTHER, *Derecho Penal Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, 2ª edición corregida, J. Cuello Contreras y J. L. Serrano González de Murillo (trads.), Madrid, Marcial Pons, 1997, p. 294.

(15) ROXIN, CLAUDIUS, *Derecho Penal. Parte General*, t. I, Madrid, Civitas, 1997, p. 526 y ss.

(16) COLOMBO, MARCELO y MÁNGANO, MARÍA ALEJANDRA, “El consentimiento de la víctima en la trata de personas y un análisis sobre los medios comisivos previstos en la figura penal”, [en línea] http://www.mpf.gov.ar/Accesos/ufase/consentimiento_victima_trata.pdf

6 | Conclusiones

En vista de la modificación prevista en el Anteproyecto de Código Penal de la Nación, podemos afirmar que nuevamente ha cobrado actualidad la discusión referente a los alcances del consentimiento que puede prestar la persona involucrada en el delito de promoción o facilitación de la prostitución en caso de mayores de 18 años.

Es claro, sin embargo, que la consideración del consentimiento de la víctima no es nueva en el derecho penal. Los romanos ya habían admitido el reputado principio *nulla iniuria est quae in volentem fiat*,⁽¹⁷⁾ predecesor del luego consagrado *volenti non fit iniuria*, máxima que hacía referencia a la supresión o exclusión del delito ante la existencia de un “permiso” por parte de la víctima.⁽¹⁸⁾ Sin embargo, como he señalado a lo largo del presente, en el caso particular de la promoción o facilitación de la prostitución, surgen otras cuestiones que bajo ningún punto de vista deben ser omitidas del análisis legislativo.

En efecto, otorgarle relevancia jurídica al consentimiento de la víctima implica adoptar una limitada idea que concibe que el único bien jurídico protegido por la norma es la integridad sexual del sujeto pasivo de la prostitución y, en tal inteligencia, que en caso de mediar consentimiento, sus conductas resultarán amparadas por el principio de reserva (art. 19 CN).

Sin embargo, entiendo que una conclusión de tales características no solo resulta incongruente con los parámetros internacionales e incluso con nuestra propia ideología político-criminal, sino que también evidencia graves inconsistencias con el resto del sistema normativo.

Esto no es menor, partiendo de que el efecto del consentimiento del interesado “solo podría colegirse del conjunto de disposiciones del Código Penal y de otras normas de nuestro ordenamiento que explícita o implícitamente lo tienen considerado”.⁽¹⁹⁾

(17) JESCHECK, H. H., *Manual de Derecho Penal. Parte General*, Bogotá, Temis, 1984, p. 515.

(18) JIMÉNEZ DE ASÚA, LUIS, *Tratado de Derecho Penal*, Bs. As., Losada, 1953, t. IV, p. 575.

(19) POLITOFF L., SERGIO; MATOS A., JEAN PIERRE y RAMÍREZ G. MA. CECILIA, *Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte General*, Santiago de Chile, Jurídica de Chile, 2004, p. 240.

Así, como hemos visto, la ley nacional de profilaxis sanciona el establecimiento de casas o locales donde se ejerza la prostitución, o se incite a ella, más allá del consentimiento que hubiesen podido prestar los partícipes. Ello constituye un primer indicio de que nuestro sistema jurídico, al sancionar este tipo de conductas, no tiene por único fin el brindar protección a la integridad sexual de las personas, sino que su objetivo goza de mayor amplitud.

Entiendo que de aprobarse la redacción propuesta para el art. 130 del Anteproyecto de Código Penal de la Nación cederíamos el terreno ganado a partir de la reforma introducida por la ley 26.842 donde, a través del actual art. 125 *bis* del Código Penal, sanciona a todo aquel que promoviere o facilitare la prostitución de una persona, aunque mediere el consentimiento de la víctima.

Otorgar relevancia jurídica al consentimiento de la víctima como causal de atipicidad en el caso del art. 130 del Anteproyecto, es asumir una presunción *iuris tantum* de que quien se somete al ejercicio de la prostitución se encuentra en plenas facultades para autodeterminarse y que su consentimiento ha sido dado con la libertad suficiente para elegir un plan de vida.

A su vez, la exigencia de los medios típicos como el engaño o la intimidación, si bien fueron considerados primigeniamente en los antiguos proyectos de reforma mencionados al inicio, fueron luego superados ya que no eran escasos los problemas que surgían a partir de la particular valoración que hacían algunos tribunales respecto de la entidad del medio comisivo para viciar el consentimiento.

En este sentido, por ejemplo, se ha dispuesto que "La falta de consentimiento o el consentimiento viciado de la víctima por el empleo de alguno de los medios típicos (...) debe relacionarse con el hecho de involucrarse o permanecer en aquellas condiciones de sometimiento a la voluntad del autor del delito".⁽²⁰⁾ Precedentes como este permitirían concluir que, en aquellos casos en que el consentimiento podría aparecer viciado al inicio de la relación, y si ese vicio no permanece, tornaría atípica la conducta.

(20) CFed. AP. DE MAR DEL PLATA, "Av. Pta. Inf. Ley 26.364", 26/05/2009.

Por todo ello, me inclino a pensar que la fórmula propuesta en disidencia por la Dra. María Elena Barbagelata resulta más adecuada para tipificar el delito explorado en el presente, en tanto sanciona "... al que promoviére o facilitare la prostitución de una persona, aunque mediare su consentimiento".

Así las cosas, la erradicación de aquellas conductas que afectarían la vida, la tranquilidad, el orden social, la salubridad, etc., propicia la necesidad de medir los riesgos que conlleva cierta actividad delictiva con criterios actuariales a fin de propender su neutralización, pero no solo a partir de su sanción por parte de nuestro sistema penal, sino también implementando políticas de prevención directa del control de la población en riesgo, analizándolas sobre la base de una serie combinada de factores conexos, como la edad, el sexo, la pertenencia étnica, el grado de instrucción, la residencia, el tipo de familia, entre otros.

En definitiva, coincido con Pavarini en cuanto a que "[l]a cuestión en juego no es más la pretenciosa e ingenua de derrotar al delito, sino simplemente racionalizar la operatividad de los sistemas que posibilitan gestionar la criminalidad".⁽²¹⁾

(21) PAVARINI, M., *Un arte abyecto. Ensayo sobre el gobierno de la penalidad*, Bs. As., Ad-Hoc, 2006, p. 126.

La necesidad de reforma del Código Penal⁽¹⁾

por FRANCISCO FIGUEROA⁽²⁾

I | Introducción

El 13 de febrero de 2014 la Comisión Reformadora del Código Penal⁽³⁾ presentó ante el Poder Ejecutivo el Anteproyecto de Código Penal de la Nación. Desde entonces escuchamos voces a favor y en contra, algunas con consistencia jurídica, otras con contenido político, y también las de algunos ciudadanos —no ligados a la política ni al derecho— que formaron su opinión a partir de lo que surge en los medios de comunicación.

El panorama de reforma es desolador pues las voces jurídicas a favor se solapan con un discurso simplista acerca de que “no es el momento político para reformar el Código Penal”. A ello se suma la gran difusión de voces políticas que resisten el cambio y la poca importancia que se asigna, en el sentido opuesto, a las opiniones.

Lamentablemente, quienes se oponen sin más a la modificación, no advierten que el sistema penal necesita urgente una vuelta de hoja, una sustitución

.....

(1) Ponencia presentada en la I Jornada de Jóvenes Penalistas, organizada por la Asociación Argentina de Profesores de Derecho Penal, realizada los días 8 y 9 de mayo de 2014 en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Mar del Plata.

(2) Abogado (UBA), funcionario judicial y docente en la Facultad de Derecho (UBA). Miembro de la Asociación Argentina de Profesores de Derecho Penal (AAPDP) y Tesorero del Grupo Argentino de la Asociación Internacional de Derecho Penal (AIDP).

(3) Comisión creada por decreto 678/2012 del Poder Ejecutivo Nacional e integrada por los Dres. E. Raúl Zaffaroni, León Carlos Arslanián, María Elena Barbagelata, Ricardo Gil Lavedra y Federico Pinedo; Secretario, Julián Álvarez y Coordinador, Roberto Manuel Carlés.

radical. No solo en el derecho penal de fondo, sino en todos sus aspectos. Es decir, también es necesario un cambio drástico e integral en el derecho procesal penal —al menos en el ámbito nacional— y en la ejecución de la pena. Sobre estos últimos dos aspectos no me detendré ya que excede el tema que nos convoca a debatir: el Anteproyecto de Código Penal de la Nación.

Huelga resaltar —previo adentrarme en el desarrollo del trabajo— que el presente no está dirigido esencialmente a juristas, doctrinarios y abogados; sino también a la sociedad en su conjunto, al ciudadano común, que probablemente carezca de conocimientos jurídicos. Por ello me permitiré enunciar y explicar algunos conceptos básicos para que todo lector comprenda qué se pretende con el texto, pues el objetivo real del trabajo es que los ciudadanos que no tienen mayor contacto con el mundo jurídico —más allá de lo que perciben de los medios de comunicación— puedan comprender la necesidad de reforma penal que reina en el país.

2 | Problemas actuales. Respuesta a las críticas sobre las soluciones

2.1 | Anomia penal

El Código Penal vigente data de 1921. Desde entonces sufrió una innumerable cantidad de modificaciones (alrededor de mil), circunstancia que produjo un galimatías total en el Código hasta el absurdo de que dentro de una misma clase de delito la figura imprudente o culposa (para que se entienda, sin intención de querer causar el resultado dañoso) prevé una pena mayor que la figura dolosa (es decir, con la voluntad —intención— de que se produzca el resultado lesivo).⁽⁴⁾

(4) Art. 89 CP (lesiones causadas intencionalmente): “Se impondrá prisión de **un mes a un año**, al que causare a otro, en el cuerpo o en la salud, un daño que no esté previsto en otra disposición de este Código” (la negrita me pertenece); art. 94 (lesiones sin intención de causarlas): “Se impondrá prisión de **un mes a tres años** o multa de mil a quince mil pesos e inhabilitación especial por **uno a cuatro años**, el que por imprudencia o negligencia, por impericia en su arte o profesión, o por inobservancia de los reglamentos o deberes a su cargo, causare a otro un daño en el cuerpo o en la salud”. Como se ve, quien causa una lesión sin querer provocarla afronta una escala penal con un máximo ampliamente superior a quien lo hace con intención de lesionar, además, se lo inhabilita para realizar la actividad mediante la cual originó la lesión. En síntesis, si atropella a alguien y le causa lesiones leves, confiese que dirigió el auto contra el damnificado, escala penal menor y no lo inhabilitan para conducir.

También encontramos desproporción en las escalas penales de distintos delitos. En este punto —creo que sin demasiada hesitación— la doctrina, la jurisprudencia y la sociedad concuerdan en que los delitos más graves son aquellos que se dirigen contra la vida. Sin embargo, encontramos casos donde el autor de un hecho delictivo, que tiene la intención de privar de libertad a una persona que cumple determinada cualidad, afronta una escala penal de mayor gravedad que sí, desde un principio, hubiese querido quitarle la vida.⁽⁵⁾

A su vez, si consultáramos a la sociedad entera —es decir, al ciudadano medio— y, a la vez, a expertos en el tema —jueces y abogados dedicados al derecho penal— acerca de cuántos y de qué delitos existen casi ninguno podría precisar la cantidad dado que, además del cuerpo normativo, existe un sinfín de leyes especiales (aproximadamente 337) donde se establecen conductas ilícitas. Incluso muchas de aquellas leyes nada tienen que ver con la materia penal, no obstante, a lo largo de la normativa aparece algún artículo que prevé un delito y, muchas veces, pasa inadvertido.⁽⁶⁾

Así podría agotar el acotado espacio para desarrollar el tema de reforma enunciando las falencias e incoherencias que posee nuestro Código Penal actual. Sin embargo, la finalidad de los tres ejemplos es hacer notar la necesidad que tenemos, como sociedad, de llevar a cabo una reforma integral y unificadora (en un único cuerpo jurídico) del Código Penal y, en tal sentido, la suma importancia de que el Anteproyecto de Código Penal de la Nación recientemente realizado se trate en el ámbito legislativo.

Como adelanté, las críticas que se le hacen al Anteproyecto de Código Penal de la Nación son diversas. Sin embargo, me limitaré a tratar los

(5) Art. 79 CP (homicidio, busca la muerte del otro): “Se aplicará reclusión o prisión de ocho a veinticinco años, al que matare a otro, siempre que en este Código no se estableciere otra pena”; art. 142 bis CP (privación de la libertad): “... al que sustrajere, retuviere u ocultare a una persona con el fin de obligar a la víctima o a un tercero, a hacer, no hacer, o tolerar algo contra su voluntad (...) La pena será de diez (10) a veinticinco (25) años de prisión o reclusión: 1) Si la víctima fuese una mujer embarazada; un menor de dieciocho años de edad; o un mayor de setenta (70) años de edad” (la negrita es propia).

(6) A modo de ejemplo, algunas de las leyes especiales que establecen delitos son: ley de propiedad intelectual (11.723), ley sobre incumplimiento de los deberes de asistencia familiar (13.944), ley de protección de malos tratos y actos crueles contra los animales (14.346), ley de conservación de fauna (22.421), ley de impedimento de contacto de menores con sus padres no convivientes (24.270) y ley de servicios de comunicaciones móviles (25.891), entre muchas otras.

desacuerdos principales e intentaré demostrar cómo, con frases genéricas y vacías de contenido jurídico, se logra desacreditar, sin más, el esfuerzo de prestigiosos juristas para realizar una versión final del Anteproyecto que demandó años y que ahora es cuestionado a la ligera.

2.2 | Falacia garantista

Uno de los cuestionamientos más fuertes y peyorativos, del que hace eco la mayoría de los opositores, es que el Anteproyecto de Código Penal de la Nación es garantista. Pues bien, para poder tildar de “garantista” a algo o alguien, más aún cuando se lo hace como descalificante, resulta necesario precisar de qué hablamos cuando hacemos referencia a ello.

Así, y en primer lugar, debo mencionar que nuestra Constitución Nacional y los tratados internacionales de derechos humanos (incorporados con igual jerarquía a la Carta Magna mediante el art. 75 inc. 22 CN) establecen los derechos y las **garantías** que goza todo ciudadano argentino o habitante en nuestro país.

En materia penal, la gran mayoría de las garantías, de las que resulta beneficiario todo ciudadano y que lo protegen de cualquier injerencia indebida por parte del Estado, se encuentran reguladas en los arts. 18, 19 y 75.12 CN. A modo de síntesis, y para clarificar al lector, enunciaré algunos de los derechos y garantías que aquellos artículos prevén.

Así, el art. 18 contiene varias de las garantías y principios que deben regir en cualquier proceso penal y de los que nadie puede ser privado para obtener un juicio justo. En ese sentido, debe existir una ley que establezca cuál es la conducta prohibida con anterioridad a la comisión del hecho (principio de legalidad). Además, en caso de corresponder, se debe condenar por el hecho cometido y no llegar a una condena por lo que la persona es; o sea, no se debe condenar porque posee antecedentes penales y/o determinadas cualidades físicas (derecho penal de acto). La condena debe imponerla un juez designado con anterioridad al hecho y de conformidad con el mecanismo legal establecido al efecto (garantía de juez natural). A su vez, nadie puede ser privado de la libertad, salvo en determinados casos previstos por ley y mediante una orden judicial fundada (garantía de no sufrir detenciones arbitrarias o de inviolabilidad de la libertad ambulatoria), situación análoga sucede con los papeles privados, la correspondencia y el

domicilio (garantía de inviolabilidad de la propiedad, la correspondencia y papeles privados). También, toda persona sometida a un proceso penal es inocente hasta tanto recaiga una sentencia condenatoria firme en su contra (garantía de presunción de inocencia). Durante todo el proceso el acusado debe contar con una defensa técnica eficaz que vele por el respeto de sus derechos y garantías (garantía de defensa en juicio). Los dos principios enunciados en primer lugar guardan estricta vinculación con el derecho penal de fondo (el tema que nos convoca); el resto, con garantías que rigen en el procedimiento penal (el proceso que se debe atravesar para, en caso de corresponder, arribar a una condena justa).

El art. 19 CN prevé que el hombre es libre de actuar en sociedad. Sin embargo, en algunos casos, encontrará una limitación; es decir, no deberá realizar alguna conducta que esté prohibida y no estará obligado a actuar de una forma determinada en los casos que una ley fije cuándo y cómo actuar (principio de reserva y, a su vez, complemento del principio de legalidad enunciado). De igual modo establece que todas las acciones realizadas a diario quedan exentas de la intervención estatal o de los jueces, en la medida en que no afecten (o pongan peligro, real y cierto, de afectación) los derechos o las garantías de un tercero (principios de lesividad y de mínima intervención penal).⁽⁷⁾ Todos estos principios son inherentes al derecho de fondo.

Por su parte el art. 75.12 CN prevé el último principio que rige al derecho penal, que haya una codificación penal; es decir, que un mismo cuerpo normativo contenga todas las leyes de índole penal. Con ello el constituyente pretende que haya seguridad jurídica y que todo habitante en el territorio nacional pueda encontrar todo aquello que se encuentra prohibido o mandado a hacer en un único lugar y no desperdigado en todo el ordenamiento jurídico.⁽⁸⁾ Además, con la codificación el constituyente prevé otra cuestión de suma importancia, la proporcionalidad y la coherencia que debe regir en el ordenamiento (principio de proporcionalidad).⁽⁹⁾

.....

(7) CSJN, Fallos: 308:1392 y 332:1963; entre muchos otros.

(8) La CSJN advirtió la descodificación penal a la que llegamos en función de las innumerables leyes especiales que se legislaron, ver Fallos: 333:866.

(9) El tema de la proporcionalidad y la codificación fue tratado en MARTÍN, ADRIÁN N., *Reformas penales y proporcionalidad de las penas —análisis crítico en los delitos con el uso de armas—*, Bs. As., Ediar, 2013, en particular capítulo II, pp. 19/42.

Así, cuando se rotula a alguien o algo de garantista (con el fin de descalificar o quitar fuerza a su opinión), se están negando todos los derechos que nos asistirían en caso de vernos sometidos a un proceso penal. Es decir, el garantismo lucha para que se cumplan —valga la redundancia— todas las garantías de un proceso, y luego, de encontrarse culpable de un delito a una persona, se lo condene de forma justa y legal.

Pues si impusiéramos condenas sin más, sin respetar las garantías, lejos de ser un país democrático, nos transformaríamos en uno autoritario, anárquico, inquisitivo, e incluso, reviviríamos una parte oscura de nuestra historia, la dictadura, donde quien se arroga el poder impone “condenas” (pena de muerte, sufrimientos, tormentos, desapariciones, etc.) solo con su voluntad y por el simple hecho de detentar la autoridad, sin la necesidad de un juicio justo.

Al respecto, Ferrajoli es claro al referir que:

Los distintos principios garantistas se configuran, antes que nada, como un esquema epistemológico de identificación de la desviación penal encaminada a asegurar, respecto de otros modelos de derecho penal históricamente concebidos y realizados, el máximo grado de racionalidad y de fiabilidad del juicio y, por tanto, de limitación a la potestad punitiva y de tutela de la persona contra la arbitrariedad.⁽¹⁰⁾

En el capítulo siguiente expresa que: “[l]os axiomas garantistas (...) no expresan proposiciones aseverativas, sino proposiciones prescriptivas; no describen lo que ocurre, sino que prescriben lo que debe ocurrir; no enuncian las condiciones que un sistema penal efectivamente satisface, sino las que debe satisfacer en adhesión a sus principios normativos internos y/o a parámetros de justificación externa”.⁽¹¹⁾ Luego, enuncia los diez axiomas penales y procesales del garantismo penal.⁽¹²⁾

(10) FERRAJOLI, LUIGI, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Ibáñez, Perfecto Andrés et al. (trads.), 9ª ed., Madrid, Trotta, 2009, p. 34.

(11) FERRAJOLI, Luigi, *ibid.*, p. 92.

(12) *Ibid.*, p. 93.

Por su parte Gargarella, en una nota de opinión publicada unos meses atrás,⁽¹³⁾ explica que el garantismo no intenta suprimir los derechos de las víctimas ni otorgar mayores derechos a los delinquentes, sino que —lejos de ello— únicamente busca que se respeten los derechos y las garantías que la Constitución Nacional y los tratados internacionales sobre derechos humanos consagran a los autores de hechos ilícitos, como así también a quienes resultaron víctimas o damnificados de esos sucesos. Es decir, los derechos y las garantías de unos no suprimen o cancelan los de otros, sino que cada uno debe ejercerlos plena y libremente.

En el sentido expuesto, rotular el Anteproyecto de Código Penal de la Nación como “garantista” no hace más que enaltecer la obra y no, como se intenta, desprestigiarla. Pues es hora de obtener un Código Penal que cumpla con las garantías que derivan de la Constitución (incluidas aquellas que confieren los tratados internacionales) y que fueron expresamente consignadas en los primeros artículos del bosquejo.

2.3 | Liberal vs. Conservador

Otra crítica fuerte que también se recibió es que el Anteproyecto beneficiaría a los autores de hechos delictivos ya que es un código liberal.

Primero y principal no podemos perder de vista que las críticas acerca de supuestos beneficios provienen de terceros observadores, ajenos al sistema penal. Sin embargo, las circunstancias de la vida cambian y todos somos pasibles de cometer algún ilícito y vernos involucrados en un proceso penal. Si sirve de ejemplo, piénsese que a diario realizamos conductas riesgosas (manejar vehículos, por ejemplo, entre otras) y de ellas puede resultar un hecho delictivo (causar la muerte de alguien —homicidio culposo— u ocasionarle lesiones leves, graves o gravísimas —lesiones culposas—).

Además, no debe confundirse el respeto a las garantías con beneficiar a los delinquentes ya que, como vimos en el punto anterior, son dos cosas diametralmente opuestas. No obstante, y aquí lo medular, el Anteproyecto

(13) GARGARELLA, ROBERTO, “Las razones del garantismo”, [en línea] <http://www.lanacion.com.ar/1667627-las-razones-del-garantismo>

de Código Penal es más conservador que la codificación vigente y, en términos netamente comparativos, si se quiere, es más perjudicial para los delincuentes.

Ello así pues, en el Anteproyecto todas las penas que se impongan deben cumplirse en su totalidad ya que se eliminó la posibilidad de dejar en suspenso la ejecución de las penas menores o iguales de tres años (como prevé el art. 26 y ss. CP vigente). Recordemos que, en la actualidad, la ejecución condicional de una pena queda supeditada al cumplimiento de determinadas reglas de conducta por el plazo que fije el juez —entre dos y cuatro años— (art. 27 *bis* CP vigente). Sin embargo, esas reglas son bastantes laxas y no cuentan con el debido control. Esto, a mi modo de ver, las torna ineficientes.

Incluso también se eliminó la posibilidad de acceder a una libertad anticipada a los dos tercios de la condena, debiendo cumplir determinadas reglas de conductas (de acuerdo a lo remarcado precedentemente) durante el tercio restante (libertad condicional, art. 13 codificación vigente).

En cambio, la Comisión Reformadora estableció —como adelanté— que todas las condenas deben cumplirse en su totalidad. Por tal motivo, clasificó las penas según su gravedad (sanciones menores a tres años, gravedad leve; entre 3 y 10 años, mediana; y entre 10 y 30 años, máxima). En función de esa gravedad es el momento en que el cumplimiento de la pena podrá sustituirse (a saber, las sanciones leves se pueden reemplazar desde el comienzo; las medianas desde la mitad de la condena; y las graves después de cumplidas dos terceras partes de la sanción) por diversos regímenes mucho más estrictos que las reglas de conducta previstas en la actualidad.

A fin de dimensionar la severidad del cambio de la modalidad de ejecución de la pena, enunciaré algunos de los mecanismos de reemplazo, no excluyente uno de otros, es decir, se podrían aplicar varias reglas en una misma condena:

- a. detención domiciliaria;
- b. detención fin de semana;
- c. obligación de residir en un determinado lugar;
- d. prohibición de residir o transitar determinados lugares;
- e. trabajos comunitarios no remunerados;

- f. cumplimiento de instrucciones judiciales (abarca algunos de los supuestos enunciados y además, prevé: mantener contacto con la parte ofendida —en caso de resultar aconsejable y siempre que esta no se oponga—, otorgarle trabajo o que realice trabajos de utilidad social, realizar actividades de capacitación, realizar algún tipo de tratamiento, prohibición de concurrencia a determinados lugares o de contacto con determinadas personas, y prohibición de abuso de alcohol o drogas. A su vez, deberá contar con un auxiliar que lo ayude);
- g. multa reparatoria.

Asimismo se anticipa que, ante la comisión de un nuevo delito que prevea pena de prisión, el reemplazo dispuesto cesará y cumplirá el faltante de la condena en una prisión.

Lo expuesto, lejos de ser un bosquejo que beneficia a los delincuentes, es más estricto y conservador que la codificación actual. Por tanto, no se logra comprender cuál es el motivo real que origina tanta resistencia a que se discuta a nivel legislativo la propuesta de cambio o al cambio en sí.

2.4 | Argumentos procesales

También se criticaron cuestiones netamente procesales que, si bien no hacen a la cuestión que nos convoca, deviene necesario dedicarle unas breves líneas a fin de clarificar algunos conceptos al lector.

En primer lugar debo mencionar que en los únicos supuestos en que se puede y debe mantener privada de la libertad a una persona (es decir, que se deniegue su excarcelación o se le imponga una prisión preventiva) es cuando se verifique objetivamente que hay peligro de fuga (es decir, que el imputado no se someterá al proceso y lo eludirá) o también cuando hay serios riesgos de que entorpezca la investigación (dicho de otro modo y de manera coloquial, que “pondrá palos en la rueda” para que se dilate y frustre el proceso, pudiendo lograrlo mediante la amenaza de testigos, la destrucción o desaparición de pruebas de cargo, etc.). Además, ello debe estar acompañado de la imposibilidad de neutralizar esos dos riesgos mencionados mediante la imposición de determinadas reglas (como por ejemplo, presentarse periódicamente ante alguna sede judicial, la imposición de una caución —fianza—, mediante la proscripción de concurrir a determinado lugar o contactarse con determinadas personas, prohibición de salir del país, etc.). Solo en esos casos procede una prisión

preventiva. El discurso de que “entran por una puerta y salen por la otra”, adjudicado a la escala penal de los delitos, nada tienen que ver, pues la escala penal, como vimos, no es (o no debería ser) determinante para conceder o denegar una excarcelación, sino que únicamente es un parámetro a tener en cuenta al momento de valorar la posibilidad de riesgo de fuga o entorpecimiento de la investigación. Ese es el criterio que sigue gran parte de la jurisprudencia local⁽¹⁴⁾ e internacional.⁽¹⁵⁾

No obstante ello, la cuestión inherente a las excarcelaciones nada tiene que ver con el Código Penal. Ella es una materia netamente procesal cuya competencia legislativa fue reservada por y para las provincias y, por ende, es ante cada Cámara Legislativa que se deben reclamar, de así considerarlo, modificaciones en materia de excarcelaciones.

2.5 | El problema de la reincidencia

En otro orden se criticó fervorosamente la supresión de la reincidencia del Código Penal.

Brevemente, un sujeto que fue condenado a una pena de prisión de efectivo cumplimiento (mediante sentencia firme no hay más instancias judiciales que permitan la revisión de la sentencia condenatoria), cumplió efectivamente como condenado en un centro de detención, está atravesando o atravesó las fases de resocialización (rehabilitación o reinserción social) y comete un nuevo delito. Por ello, es declarado reincidente.

En este punto, de manera preliminar corresponde recordar qué se le cuestionaba, desde un sector de la doctrina y la jurisprudencia, al instituto de la reincidencia.

(14) El tema fue tratado por la CFED. CAS. PENAL, en el Plenario N° 13 “Díaz Bessone, Ramón Genaro s/ recurso de inaplicabilidad de ley”, 30/10/2008 y por CSJN, “Loyo Fraire, Gabriel Eduardo s/ p. s. a. estafa reiterada —causa n° 161070—”, 06/03/2014; “Merlini, Ariel y otros s/ causa n° 8/2012”, 06/03/2014, entre muchos otros. Además al respecto se han expedido, en diversas oportunidades, los restantes organismos jurisdiccionales que, por razones de brevedad, no citaré ya que excede el marco del presente trabajo.

(15) Sobre el tema la Corte IDH se expidió en: “Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador” (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia del 21 de noviembre de 2007; “Caso Bayarri vs. Argentina” (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia del 30/10/2008; entre otros. Análogamente, la CIDH en “Jorge, José y Dante Peirano Basso vs. República Oriental del Uruguay” (Fondo), caso 12.553, 06/08/2009, entre otros.

Uno de los argumentos, —a mi modo de ver— centrales, es que el instituto se contrapone con el fin de la pena y con la resocialización del individuo, conforme se desprende de los tratados internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional.⁽¹⁶⁾ También se infiere, aunque no lo diga expresamente, de la Constitución Nacional. En el art. 18 CN establece que las cárceles serán sanas y limpias para seguridad y no para castigo. A su vez, dicha finalidad fue receptada por la ley 24.660 (Ley de Ejecución Penal) en su artículo primero.⁽¹⁷⁾

Retomando, la supresión de la resocialización, al declarar reincidente a una persona, se verifica al vedarle la posibilidad de acceder a la libertad condicional únicamente por dicha cualidad. Es decir, el legislador, desde el comienzo, le impide obtener la libertad anticipada hasta, por lo menos, seis meses antes de agotar la totalidad de la condena. Ello es, sin duda, un panorama desalentador para el delincuente, pues sin importar la conducta y el concepto que merezca por las autoridades penitenciarias o qué actividades realice durante su detención, nunca va a obtener la libertad antes de la fecha señalada. Por tanto, esa situación se contrapone con el fin “resocializador” de la pena privativa de la libertad ya que, lejos de estimular el cambio y la adquisición de nuevas herramientas para reinsertarse en la sociedad, lo desalienta a prosperar en su vida personal dado que no obtendrá “recompensa” por su esfuerzo por progresar.

A lo mencionado corresponde añadir además que la mala aplicación del instituto por parte de los jueces trae aparejada la violación del principio *ne bis in idem* (prohibición de doble juicio —y condena— por un mismo hecho). En la práctica los operadores judiciales utilizan esta circunstancia (un hecho por el cual ya cumplió como condenado) como agravante al momento de graduar la pena a imponer por el hecho que se juzga y además, el legislador prevé que por esa misma circunstancia no puede acceder a la libertad condicional; todo ello, en franca violación al principio aludido.

(16) Ver al respecto: Regla 56 y ss., Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos; art. 10.3, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y art. 5.6 CADH.

(17) Sobre el tema se puede consultar: BUIGO, MARCELO, “La reincidencia y la imposibilidad de su vigencia en un estado constitucional de derecho”, en *Cuestiones Penales. Homenaje al profesor Dr. Esteban J. A. Righi*, G. A. Bruzzone (coord.), 1º ed., Bs. As., Ad-Hoc, 2012, pp. 143/163. En un sentido similar se expresó DE LUCA, JAVIER A., “Reincidencia, libertad condicional, reiteración delictiva y Constitución”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, año III, n° 3, Bs. As., La Ley, abril de 2013, pp. 49/74.

Sin embargo y no obstante las críticas que se le efectúan al instituto de la reincidencia vigente en la codificación actual, corresponde precisar por qué deviene innecesario mantenerlo en el cuestionado Anteproyecto.

Como señalé con anterioridad, la libertad condicional (egreso anticipado cumplidos los 2/3 de la condena) ya no se encuentra prevista en el nuevo ordenamiento, porque fue sustituida por el cumplimiento total de la condena (pese a que en determinados casos pueda variar la modalidad de agotamiento). Por ende, no resultaría necesario mantener la reincidencia, pues su única consecuencia sería privar al reincidente de ese beneficio que ya no existe. Por ende, resulta superflua dicha discusión ya que carecería de relevancia que esté o no en el Anteproyecto, dado que no modificaría —a favor o en contra de los delincuentes— su inclusión o erradicación.

Sin perjuicio de ello y si con esto se reconforta el lector, el Anteproyecto prevé una situación similar a la del reincidente aunque distinta en la esencia, según la exposición de motivos. Ello es así pues, al establecer en qué casos y bajo qué requisitos procede el reemplazo de la pena de prisión (art. 31 del bosquejo bajo análisis) prevé:

2. [l]a pena de prisión que exceda de tres años y que no supere los diez, se podrá reemplazar después del cumplimiento de la mitad de su duración.

3. Se podrá reemplazar solo después de cumplidos dos tercios de la pena [con relación al inciso anterior], si el agente hubiera sufrido pena de prisión o su reemplazo como condenado en los cinco años anteriores a la comisión del hecho.⁽¹⁸⁾

En este punto tampoco encuentro sustento para vedar la discusión del Anteproyecto en el recinto parlamentario.

2.6 | Las escalas penales

Por último, dedicaré unas breves líneas al cuestionamiento de las escalas penales. No me detendré y no profundizaré sobre el punto ya que ello implicaría un análisis pormenorizado, minucioso y comparativo del actual Código Penal y del propuesto. No obstante, creo que el monto de las escalas penales no debe ser, por varios aspectos, una discusión central.

.....

(18) El destacado es propio.

En primer lugar porque durante la discusión parlamentaria se pueden aumentar o disminuir los máximos y/o mínimos con facilidad.

Además, la intención de la Comisión fue dar un orden a las escalas penales de los delitos vigentes; es decir, por mandato constitucional las escalas penales deben ser proporcionales al bien jurídico que amparan, pues no es lógico ni coherente —como adelanté— que un delito contra la propiedad o la libertad tenga más pena (en su máximo y/o mínimo) que el homicidio, donde se le quita la vida alguien y, consecuentemente, no puede gozar de la propiedad, de la libertad ni de otro bien jurídico que se desprenda de la Constitución Nacional o los tratados internacionales. Eso es lo que trató de hacer la Comisión Reformadora. Por eso, en algunos casos, se elevaron los mínimos; en otros, disminuyeron y lo propio pasó con los máximos. Incluso en varios casos se crearon tipos penales que en la actualidad no están tipificados.

Aun cuando se pretenda elevar las escalas penales nunca debe perderse de vista que para uno de los delitos más graves y aberrantes que se puede encontrar tipificado, el genocidio, la pena que prevé el Estatuto de Roma es de treinta años. Por ende, sería descabellado pensar que otras figuras legales —que lejos de afectar la vida, lesionan la propiedad, la libertad, la seguridad pública, etc.— puedan tener una escala penal apenas inferior a la prevista para el delito señalado.

A su vez, tampoco debemos olvidarnos que el aumento de las penas no soluciona los conflictos. El delincuente no deja de robar (con armas, de fuego o de juguete, o bajo cualquier otra modalidad) pese a que a diario se aumentan las escalas penales. La pena no previene ni desalienta la comisión de delitos, ello se verifica solo en muy pocos casos. La prevención de la delincuencia va por un carril distinto al del derecho penal, aunque a veces los rieles se unan. Para neutralizar la comisión de delitos hacen falta políticas de Estado, no más pena.

Independientemente de lo señalado considero que la esencia de la reforma no transita por las escalas penales que pueden ser fácilmente modificables en el recinto legislativo. Por ende, no resulta lógico evitar someter a discusión de los integrantes del Congreso toda una obra que abarca muchas otras cuestiones más importantes, por una tan banal. Corresponde aclarar, en este punto, que la banalidad no viene dada por la escala

penal en sí, sino porque el monto de las escalas puede ser fácilmente modificable en el recinto legislativo, pues la Comisión Redactora solo realiza un aporte y sugerencia sobre cuáles deberían ser esas escalas, lo que no implica que no puedan ser modificadas.

3 | Conclusión

A lo largo del trabajo intenté desmitificar aquellas críticas que se le hacen al Anteproyecto de Código Penal de la Nación, tanto política como mediáticamente. Ellas poseen discursos que los integrantes de la sociedad repiten sin oponer el menor análisis y que desprestigian una obra realizada con el mayor esfuerzo por parte de la Comisión Reformadora.

Esto no implica que comparta y concuerde en un todo con el Anteproyecto de Código Penal de la Nación, de hecho discrepo con parte de su contenido, sino únicamente que dicho Proyecto debe someterse a discusión parlamentaria.

Una vez en el recinto, debemos apelar a la honestidad y a la consciencia de los legisladores para que discutan arduamente lo sometido a debate y para que realicen todas las mejoras que consideren oportunas.

Por último, dado que el Anteproyecto no es perfecto, mas si perfeccionable, considero acertada la decisión de que el Ministerio de Justicia y los integrantes de la Comisión Reformadora requieran la participación de diversos organismos (ONG, asociaciones, universidades privadas y públicas, entre muchos otros) para recabar opiniones, críticas y sugerencias de expertos, como así también de diversos sectores de la sociedad, para obtener un Código Penal que se ajuste a la Constitución Nacional y a los tratados internacionales de derechos humanos y que sea, sobre todo, democrático.

El delito de sustracción de menores y su relación con la obstrucción o impedimento de contacto

¿Puede el padre o la madre ser sujeto activo del delito previsto en el artículo 112 del Anteproyecto de Código Penal de la Nación?

por **HORACIO SANTIAGO NAGER**⁽¹⁾

I | Introducción

Históricamente, se ha discutido en la doctrina y la jurisprudencia de nuestro país si es típica, en los términos del art. 146 CP, la conducta del progenitor que sustrae a su hijo menor de diez años de edad del poder o custodia del otro, que en modo alguno ha sido resuelta a través de la sanción de la ley 24.270 (BO 26/11/1993) que incorporó en sus arts. 1 y 2 el delito impedimento de contacto de un menor con su padre no conviviente. Todo lo contrario, la incorporación de esta última figura legal avivó la discusión, la cual si bien presenta nuevos matices, mantiene su esencia y vigor original.

.....

(1) Especialista en Derecho Penal (UBA). Auxiliar docente en la asignatura Elementos de Derecho Penal y Procesal Penal, cátedra del Prof. Alejandro Alagia, Facultad de Derecho (UBA). Prosecretario Letrado de la Defensoría General de la Nación.

Por ello, nos parece interesante analizar si el texto de ley propuesto en el Anteproyecto de Código Penal de la Nación presenta una solución definitiva a esta cuestión. En esta dirección, entonces, procederemos a efectuar algunas breves consideraciones sobre los nuevos delitos de “sustracción de menor” (art. 112) y “obstrucción o impedimento de contacto” (art. 139), los que, de prosperar en los recintos legislativos el citado Anteproyecto, coexistirán en un único cuerpo legal.⁽²⁾

La importancia del tema no es menor ya que la consecuencia legal en un caso y otro difiere en forma sustancial, con incidencia en cuestiones de libertad y ejecución de la pena.⁽³⁾

2 | Breve análisis comparativo entre la ley penal vigente y el Anteproyecto de Código Penal

2.1 | El delito de sustracción de menores

El art. 146 CP (según ley 24.410) reprime con prisión o reclusión de cinco a quince años al que “sustrajere a un menor de 10 años del poder de sus padres, tutor o persona encargada de él, y el que lo retuviere u ocultare”.

Por su parte, el art. 112 del Anteproyecto reproduce en su apartado I el texto legal vigente, pero modifica el mínimo de la escala penal que fija en 3 años.

Se mantiene la ubicación sistemática de este delito, pues el bien jurídico tutelado sigue siendo la libertad individual, tal como acontece en el CP de 1921. Esto sin perjuicio de que nos encontramos frente a un delito pluriofensivo, lo que ha motivado, como veremos, una ardua discusión en punto a la individualización de los bienes jurídicos en juego, como así también en lo referente a la determinación del sujeto pasivo.

(2) Por la misma razón, no efectuaremos un estudio exhaustivo de los requisitos típicos de ambas figuras, sino que nos ocuparemos casi excluyentemente de la discusión planteada en torno a la admisión o no de uno de los padres como sujeto activo del delito de sustracción de menores.

(3) Véanse, por ejemplo, los arts. 26 CP y 316 CPPN.

2.2 | El delito de impedimento de contacto de los hijos menores con sus padres no convivientes

La figura básica de este delito se encuentra prevista en el primer párrafo del art. 1º de la ley 24.270: "Será reprimido con prisión de un mes a un año el padre o tercero que, ilegalmente, impidiere u obstruyere el contacto de menores de edad con sus padres no convivientes". Esta conducta, conforme lo establece el segundo párrafo del mismo artículo, se ve agravada cuando "se tratare de un menor de diez años o de un discapacitado", en cuyo caso la pena será de seis meses a tres años de prisión. A su vez, en el artículo segundo, se prevén otros dos supuestos de agravamiento: a) el padre o tercero que para impedir el contacto del menor con el padre no conviviente lo mudare de domicilio sin autorización judicial; y b) el padre o tercero que con la misma finalidad lo mudare al extranjero, sin autorización judicial o excediendo los límites de esta autorización. En el primer supuesto, le corresponderá al autor una pena de seis meses a tres años de prisión, mientras que en el segundo caso, la amenaza punitiva será de uno a cuatro años y seis meses de prisión.

Por su parte, el Anteproyecto propone la siguiente fórmula legal:

1. Será reprimido con prisión de seis (6) meses a un (1) año, el que ilegalmente impidiere u obstruyere gravemente el contacto de menores con su padre o madre.
2. El máximo de la pena se elevará a tres (3) años de prisión:
 - a) Si para cometerlo se mudare ilegítimamente al menor de domicilio.
 - b) Si se tratare de un menor de diez años o de una persona discapacitada.
3. El máximo de la pena será de cinco (5) años:
 - a) Si la mudanza sin autorización legal o judicial, o excediendo su límite, fuere al extranjero, o si se omitiere restituirlo al país una vez agotado el plazo de la autorización.
 - b) Si el hecho lo cometiere un padre o madre privado de la patria potestad.

Del análisis comparativo entre el texto legal vigente y el propuesto para su reemplazo, surge que no se han introducido grandes modificaciones. En punto al sujeto activo del delito, la figura básica no distingue entre padre (conviviente) o tercero, lo cual carece de mayor trascendencia, ya que estos igualmente podrán ser eventuales autores del delito. En cambio, debe destacarse que al referirse al sujeto pasivo, el Anteproyecto no exige que se trate del padre no conviviente.⁽⁴⁾ Se mantienen las mismas agravantes, con la salvedad de que, para el caso de que el menor sea mudado sin autorización legal o judicial al exterior, se agrega el supuesto de aquel que omitiere restituirlo al país una vez agotado el plazo de la autorización. Como novedad, se califica la conducta también cuando el delito lo cometiese el padre o madre privado de la patria potestad, bajo el argumento de que "esta privación no tiene lugar sino por circunstancias sumamente graves, de modo que la conducta cometida por quien la ha sufrido genera un riesgo mayor para el menor..."⁽⁵⁾

La descripción típica de la figura básica, como vemos, se mantiene igual, por lo que el impedimento y la obstrucción se refieren al "contacto", palabra cuyo empleo ha sido cuestionado atento su vaguedad. Por ello, Donna expresa que

... en tren de hacer de este tipo penal algo lógico y racional se puede entender que fijado un régimen de visitas o de días en que un padre puede ver a su hijo, se le impide u obstruye, en este caso, molestándole y haciendo que lo que debe ser un momento de relación afectiva se convierta en una serie de obstáculos que en definitiva terminan con el fin de ese régimen.⁽⁶⁾

(4) Esta circunstancia no es menor, dado que la jurisprudencia ha dicho que "Autor puede ser uno de los padres respecto del otro o un tercero; la característica típica de los sujetos pasivos es la no convivencia, si se impidiere u obstaculizare el contacto del menor con uno o ambos padres convivientes, el hecho tendrá que ser examinado a la luz de los delitos referidos a la sustracción de menores, pero no podrá encuadrarse en la ley 24.270" (CNAC. APEL. CRIM. Y CORRECC., Sala VII, "S., T.", causa N° 18.767, 18/07/2002).

(5) COMISIÓN PARA LA ELABORACIÓN DEL PROYECTO DE LEY DE REFORMA, ACTUALIZACIÓN E INTEGRACIÓN DEL CÓDIGO PENAL DE LA NACIÓN, *Anteproyecto de Código Penal de la Nación*, "Exposición de Motivos", [en línea] <http://www.infojus.gob.ar/images/libros/anteproyecto-codigo-penal.pdf>

(6) DONNA, EDGARDO A., *Derecho Penal. Parte Especial*, t. II-A, Santa Fe, Rubinzal - Culzoni Editores, 2011, p. 326.

En esta inteligencia, es dable afirmar —como lo hace Cuneo Libarona— que el simple impedimento u obstrucción difiere sustancialmente de la sustracción del menor y que “quien sustrae al menor, sí o sí impide el contacto, pero no todo el que impide, sustrae”.⁽⁷⁾ A nivel sistemático, estas conductas están previstas en el Título VI del Libro II correspondiente a los “Delitos contra las relaciones de familia y el estado civil”; y más específicamente como “Incumplimientos lesivos de relaciones familiares”. En este punto, el Anteproyecto recepta la opinión mayoritaria de la doctrina, que agrupó estas conductas dentro del concepto de “Delitos contra la Familia”, como una respuesta a las obligaciones internacionales que surgen del art. 9.3 de la Convención sobre los Derechos del Niño. Finalmente, en cuanto a la naturaleza de las acciones que nacen de este delito, se mantiene su carácter de acción penal pública dependiente de instancia privada (art. 43, inc. I).

3 | ¿Puede uno de los padres ser sujeto activo del delito de sustracción de menores?

3.1 | Argumentos en contra

Soler negaba la posibilidad de que el art. 146 CP fuese aplicable a los padres en virtud de la fuente que tuvo en cuenta el codificador penal al sancionar este delito: el derecho español. Explicaba que, a diferencia de lo que aconteció en Alemania o Italia, donde este delito se concibió como una ofensa exclusiva a los derechos tutelares, en España se castigaba principalmente el robo de niños, es decir, la conducta consistente en hacerlos desaparecer. De allí, la mayor gravedad de las penas. Por ello, en vista a la magnitud de la pena y la ubicación sistemática del tipo penal, concluyó que los padres no podían ser autores salvo que se pudiese afirmar, en el caso concreto que el progenitor “ha hecho desaparecer al menor”.⁽⁸⁾

(7) CUNEO LIBARONA, CHRISTIAN, “El delito de sustracción de menores versus el de impedimento de contacto de los hijos menores con sus padres no convivientes”, La Ley, 17/08/2004.

(8) SOLER, SEBASTIÁN, *Derecho Penal Argentino*, t. IV, TEA, Bs. As., 1992, pp. 68/69. En el mismo sentido, véase la nota al art. 182 del Proyecto de 1960. Para conocer el derrotero legislativo y las distintas posturas asumidas por representantes de la dogmática penal argentina, se

Fontán Balestra era partidario de esta posición,⁽⁹⁾ al igual que Quintano Ripollés, argumentando que "... en estos supuestos no hay lesión ni riesgo para la libertad del menor, que deja entonces de ser sujeto material y jurídico de la infracción para proyectarse íntegramente la acción contra el titular legal de la patria potestad o tutelar, o bien contra la autoridad que pronunció la decisión quebrantada".⁽¹⁰⁾

También se ha dicho, en contra de la extensión de la autoría a uno de los padres, que

... no solo la tradición histórica, la elevada penalidad que prevé y los objetivos de la reciente reforma legislativa (en referencia al dictado de la ley 24.410), sino además la propia redacción del art. 146 (...) parecerían oponerse a ello, pues como expresa Laje Anaya el delito es con respecto a los padres, y no de uno de ellos con relación al otro (...) el atentado es desde afuera y no desde dentro de la familia...⁽¹¹⁾

Por su parte, Maiza sostiene que

... partiendo del bien jurídico protegido, el problema del sujeto activo se vincula a la antijuridicidad, pues es evidente que ella presupone que quien sustrae no tenga derecho de custodia. En consecuencia, para que pueda ser considerado sujeto activo el padre o la madre, es necesario que esté excluido del ejercicio de la patria potestad (privación o suspensión), ya que justamente uno de los derechos inherentes a ella es la custodia de los hijos menores de edad (art. 265, Cód. Civil).⁽¹²⁾

.....
recomienda el trabajo de PÉREZ LANCE, ADRIÁN, "Arts. 146/149", en Zaffaroni y Baigún (dirs.) *Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, t. 5, Bs. As., Hammurabi, 2008, pp. 470/477 y 493/497.

(9) FONTÁN BALESTRA, CARLOS, *Tratado de Derecho Penal. Parte Especial*, t. V, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1969, p. 303.

(10) MAIZA, MARÍA C., "Sustracción de menores", en Niño y Martínez (coords.), *Delitos contra la libertad*, Bs. As., Ad-Hoc, 2010, p. 242.

(11) BERTOLA, MARÍA CRISTINA, "Es típica la conducta del padre no conviviente que se lleva al hijo", *La Ley* 2006-F, 1306.

.....
(12) MAIZA, "Sustracción...", *op. cit.*, p. 242.

3.2 | Argumentos a favor

Autores clásicos como Molinario, Creus y Núñez admiten la posibilidad de que uno de los padres sea sujeto activo del delito.⁽¹³⁾ Así, por ejemplo, Molinario señalaba que

... si los autores del hecho sustraen al menor impulsados por un propósito de lucro, que exteriorizan con la exigencia de obtener un rescate, incurren en el delito previsto en el art. 170. Pero si sustraen al menor simplemente para sacarlo de la patria potestad de su padre, inspirados en un propósito de venganza o en cualquier otro propósito, incurren en el delito previsto en el artículo que nos ocupa;

y luego, dispersa cualquier duda sobre su posición al ilustrar lo antedicho con el siguiente ejemplo de una conducta constitutiva del delito previsto en el art. 146 CP:

... en un juicio de divorcio, el juez otorga a uno de los cónyuges la tenencia provisoria de los hijos menores del matrimonio. El otro cónyuge por despecho o por cualquier otra causa, procede a secuestrar los menores depositados. El propósito del agente, no es, evidentemente, el de lucrar con la sustracción, sino el de sacarlo del poder de la persona a cuyo cargo debía estar, alzándose así contra la resolución judicial que confirió el depósito al otro cónyuge.⁽¹⁴⁾

Para Creus

... sujeto activo puede ser cualquier persona. Se discute, sin embargo, si comete este delito el padre o la madre del menor que lo sustrae de la tenencia que legítimamente ejercía el otro cónyuge o un tercero por él; la doctrina y la jurisprudencia argentinas han negado que esas personas pudieran ser autores del delito, apoyándose en que este es pura ofensa a los derechos familiares de patria potestad o a los nacidos de la tutela

(13) D'ALESSIO, ANDRÉS J. (dir.), DIVITO, MAURO (coord.), *Código Penal de la Nación. Comentado y Anotado*, Bs. As., La Ley, 2011, p. 477.

(14) MOLINARIO, ALFREDO J., *Los delitos*, Bs. As., TEA, 1996, p. 82.

o guarda, aunque puedan constituir otros delitos (como el de desobediencia); sin embargo, la actitud del padre que así procede vulnera la libertad del ejercicio de esos derechos, por lo cual aquella solución no es del todo coherente con la inclusión del tipo en los delitos contra la libertad.

A idéntica solución arriba Donna, quien afirma que

... el art. 264 del Código Civil expresa que el ejercicio de la patria potestad le corresponde, en el caso de los hijos matrimoniales, al padre y a la madre. Desde esta perspectiva se pueden sacar algunas conclusiones sobre el tipo penal. La ley no distingue en cuanto a quién puede ser autor, y entonces en el caso de que uno de los padres sustrajere al menor del ámbito del otro que lo tiene legalmente a su cargo, no hay duda de que puede ser autor del hecho. Ni el texto de la ley, ni los antecedentes dicen otra cosa distinta, salvo que se quiera forzar la letra del texto.⁽¹⁵⁾

Orgeira, al tiempo de pronunciarse por la afirmativa en lo atinente a la cuestión planteada, resalta que la Comisión Parlamentaria del Mercosur se ha ocupado del tema al adoptar un programa nacional sobre "Prevención, sustracción y restitución de menores", poniendo de manifiesto que la gran problemática es la acción desplegada por alguno de los padres. Así, dentro de los fines perseguidos por dicho programa, se establece la creación de una red para proteger a los menores y prevenir la sustracción de los mismos por parte de alguno de los padres.⁽¹⁶⁾

Según D'Alessio "... no puede adoptarse un temperamento absoluto, debiendo analizarse cada caso en particular",⁽¹⁷⁾ criterio que es compartido por Pérez Lance, quien aclara que

... tampoco hay razón para desechar la autoría de la sustracción incluso por el padre en ejercicio de la patria potestad, siempre que, claro está, lo aparte del poder del otro cónyuge con quien

(15) DONNA, *Derecho Penal...*, op. cit., p. 309.

(16) ORGEIRA, MARIANO, "El padre como sujeto activo del delito de sustracción de menores", *Suplemento La Ley de Penal y Procesal Penal*, 25/06/2007, p. 24.

(17) D'ALESSIO, y DIVITO, *Código Penal...*, op. cit., p. 478.

la comparte, para que se dé este otro extremo típico del art. 146. No obstante (...) la mayor restrictividad con que debe evaluarse esta posibilidad, en orden a la intensidad y duración del despojo, para que pueda ser tenida por verdaderamente típica.⁽¹⁸⁾

De nuestra parte, tal como hemos expresado en el pasado, adherimos a esta postura, pues entendemos que no existe óbice para que un padre realice la conducta típica en perjuicio del otro, independientemente que detente de hecho o en virtud de una decisión jurisdiccional la tenencia del menor.⁽¹⁹⁾ Ahora bien, también compartimos que deberá tenerse en cuenta la casuística para saber si estamos realmente en presencia de una sustracción.

Por otro lado, creemos que esta cuestión guarda relación con la concepción que se tenga sobre los bienes jurídicos en juego, lo que al mismo tiempo, repercute en la determinación de los sujetos pasivos. Si se considera que la conducta incriminada vulnera exclusivamente la voluntad del progenitor que es usurpada, tal vez sea más sencillo sostener que ninguno de los padres puede ser sujeto activo del delito, pero si se integra al menor al conflicto, ya no como objeto del delito, sino como sujeto de derechos, se adicionan argumentos a favor de la postura más amplia.

Es que la interpretación de la norma legal debe ser armonizada con los estándares internacionales actualmente vigentes, por lo que resulta incorrecto conceptualizar al bien jurídico como el derecho de tenencia o la voluntad de los padres sobre sus hijos menores. Se trata de un delito pluriofensivo en cual el menor resulta damnificado ya que se afecta el derecho a la integridad de su vida familiar, como así también el goce de las medidas de protección que como niño le corresponden. Desde esta misma perspectiva, el delito vulnera también su libertad individual y, según el caso, puede afectar su identidad, entendida esta no como una calidad biológica sino como un elemento que se construye en la dinámica propia de las relaciones familiares, aunque no debe olvidarse que este último bien jurídico está expresamente contemplado en el art. 139, párr. 2 CP.

(18) PÉREZ LANCE, "Arts. 146/149", en Zaffaroni y Baigún (dirs.), *op. cit.*, p. 497.

(19) AMANS, CARLA V. y NAGER, HORACIO S., *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, Bs. As., Ad-Hoc, 2009, p. 200.

Indudablemente, a partir de la Reforma Constitucional de 1994, se produjo un cambio de paradigma en la hermenéutica del tipo penal, por lo que resultan inaplicables en el presente aquellos postulados dogmáticos fundados en la idea exclusiva de ataque a las potestades de los adultos respecto de los menores, y en especial, a la voluntad o poder decisión de los padres sobre los hijos.

En esta línea de pensamiento, en un enjundioso fallo, Luis García explica que el niño tiene derecho a la protección de su núcleo de convivencia (eventualmente con su familia extensa), por lo que

... la argumentación que establece como presupuesto de la retención u ocultamiento típicos la existencia de una sustracción previa reposa, probablemente, en el papel central que cierta doctrina asigna a los derechos y potestades de los padres, tutores o guardadores como objeto de protección de la norma, sin advertir que la disposición tiene por objeto, en primer lugar, la protección del niño...⁽²⁰⁾

A su vez, en dicho precedente, se reafirman algunas ideas relevantes: 1) el carácter pluriofensivo del delito y la determinación del bien jurídico preponderante, delimitado en los arts. 3º, 7º, 8º y 9º de la Convención sobre los Derechos del Niño, y en las leyes 23.849 —que aprueba la citada Convención—, y 26.061, de Protección Integral de Niñas, Niños y Adolescentes; 2) la alternatividad de los verbos típicos, por lo que no se requiere acreditar previamente la sustracción como presupuesto para la comisión de las restantes conductas; 3) la posibilidad de que el mismo agente satisfaga sucesivamente más de una de las acciones alternativas de la figura legal, y 4) el carácter permanente o continuo del delito.

En consonancia, Pérez Lance expresa que el hecho de que el dispositivo legal exija que el desapoderamiento del niño sea del poder de sus padres, tutor o persona encargada de él, significa que no solo tiene importancia el alejamiento en sí, sino también el ámbito del cual es privado. Es que “si fuera solo un delito contra la libertad, bastaría con la descripción típica de la sustracción sin ningún otro elemento circunstancial adicional como el que demanda el art. 146”.⁽²¹⁾

(20) CFED. CAS. PENAL, sala II, “Rivas, Osvaldo Arturo y otros...”, causa N° 9569, 08/09/2009.

(21) PÉREZ LANCE, “Arts. 146/149”, en Zaffaroni y Baigún (dirs.), *op. cit.*, p. 481.

En resumidas cuentas, dado que el delito de sustracción de menores no establece ninguna característica especial para su autor, no parece razonable limitar el ámbito de protección de la norma, pues, amén de los derechos del progenitor damnificado, la conducta típica vulnera el interés superior del niño y sus derechos de protección y custodia.

4 | Jurisprudencia

En los últimos años se han dictados fallos que admiten la posibilidad de que uno de los padres sea autor del delito previsto en el art. 146 CP. Así, se ha resuelto que:

Cualquiera de los padres, cuenten o no con la patria potestad o con la tenencia legítima del hijo, pueden ser sujetos activos del delito de sustracción de menores [ya que] el hecho de ser padre no legitima ni autoriza ni puede justificar por sí la realización de cualquier acto unilateral y de trascendencia en relación filial, propias de las facultades de la patria potestad.⁽²²⁾

Dado que el niño es hijo de ambos padres y, salvo resolución judicial en contrario, los dos tienen derecho razonable a convivir con su hijo, el tipo penal no hace salvedad alguna, y entender lo contrario sería liberar al padre por la simple razón de no haber sido desposeído de la patria potestad. El accionar desplegado por el imputado con la participación de su prima, habría excedido notablemente el marco de un mero conflicto familiar y configuraría el delito de sustracción de menores —en el caso, de su hija— respecto de su mamá, generando de esta forma una extensa y gravísima ruptura del lazo materno filial, en evidente detrimento, no solo de la libertad del menor e indirectamente del derecho familiar, sino también del interés superior del niño, reconocido convencionalmente.⁽²³⁾

(22) CFED. CAS. PENAL, sala IV, "PYRIH, Luis Aníbal s/ recurso de casación", causa N° 8276.4, 26/02/2007.

(23) CFED. CAS. PENAL, sala IV, "Namoc Díaz, Manuel A. J y Díaz Escalante de Pow Sang, Martha s/ recurso de casación", causa N° 331/12, 16/03/2012; y "Meza, Claudio Matías s/ recurso de casación", causa N° 2618/12, 28/12/2012. El juez Hornos, en "Namoc Díaz", especialmente aclaró que "... la lectura de la casuística enmarcada en la corriente que aquí se propicia se observa como común denominador que las circunstancias de hecho en las que se aplicó la figura en estudio constituyeron situaciones graves".

Para poder responsabilizar a uno de los padres por la conducta tipificada en el art. 146 CP, en relación a la sustracción de su hijo menor de diez años, habrá de analizarse en cada caso concreto, si el accionar desplegado por dicho progenitor, reviste la entidad suficiente como para poner en juego aquellos intereses protegidos por la norma que son, no solo la libertad individual del menor —de la cual uno de sus padres opera como representante—, sino también el libre ejercicio de los deberes/derechos emanados de la patria potestad por parte del progenitor “afectado” por la sustracción, así como también la subsistencia de los lazos y vínculos filiales afectivos que todo niño necesita mantener y entrelazar con ambos padres, en aras de proteger su interés superior.⁽²⁴⁾

No obstante, también existen pronunciamientos que admiten esta posibilidad con criterio sumamente restrictivo: “... si bien quien ejerce la patria potestad o tiene el derecho de custodia (art. 265 y cctes. del CC) no puede ser autor del delito previsto por el art. 146 del Código sustantivo, cuando sustrae o retiene al menor, respecto del cónyuge que lo tenía, ello no es así cuando se lo ha hecho desaparecer...”.⁽²⁵⁾

En consecuencia, podemos afirmar que, pese a que la conducta descripta en el texto legal no ha sufrido modificaciones desde su entrada en vigor en 1922, subsiste en la actualidad un fuerte debate sobre la cuestión que hemos venido analizando.

5 | Palabras finales

Como hemos visto, la discusión casi centenaria en torno a si uno de los padres puede ser sujeto activo del delito de “sustracción de menores” en detrimento del otro no ha sido superada hasta la fecha. Por ello, creemos estar ante una oportunidad única para resolver en forma definitiva la cuestión. Lamentablemente, el Anteproyecto de Código Penal de la Nación, tal como ha sido presentado, no resuelve este entuerto, pues en

(24) *Ibid.*

(25) CFED. CAS. PENAL, sala VI, “S. G. N. s/ competencia”, causa N° 42.468, 19/10/2011; y también, “P. Q. J. L.”, causa N° 38.793, 16/02/2010, donde se citó entre otras la causa N° 37.319, “R. J. M.”, 04/06/2009.

lo sustancial los arts. 112 y 139 han mantenido inalterables las conductas típicas previstas en los arts. 146 CP y 1° y 2° de la ley 24.270.

Si bien a partir de la inclusión del agravante —“si el hecho lo cometiere un padre o madre privado de la patria potestad” (art. 139, 3, b)— podría aducirse que los autores del Anteproyecto abarcaron supuestos que un sector de la jurisprudencia y la doctrina tradicionalmente han considerado como constitutivos del delito de “sustracción de menores”, sugiriendo así la adopción de la tesis restrictiva, esta interpretación lejos está de ser irrefutable.

Así las cosas, en lo referente al fondo del asunto, ratificamos que, en nuestra opinión, no existe óbice para que un padre realice la conducta típica en perjuicio del otro, independientemente que detente de hecho o en virtud de una decisión jurisdiccional la tenencia del menor. Es que impedir u obstruir el contacto no es cualitativamente lo mismo que sustraer, al tiempo que los bienes jurídicos en juego y las finalidades político-criminales también difieren, lo que consecuentemente justifica un *quantum* de pena distinto. Amén, debe prestarse especial atención en la materia a los estándares internacionales derivados de los arts. 3°, 7°, 8° y 9° de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Sin perjuicio de ello, entendemos que en pos de la claridad, precisión y organicidad que el anteproyecto proclama perseguir, debiera finiquitarse este debate garantizando así el mandato de certeza de la ley penal que nuestra Constitución Nacional reclama. De lo contrario, seguirán dictándose fallos judiciales en un sentido y el otro, con la injusticia que ello acarrea, pues la aplicación de una figura u otra, en el caso particular, dependerá en gran medida del azar.

Las personas jurídicas en el Anteproyecto de Código Penal. ¿Responsabilidad penal?

por **FLORENCIA P. NOCEREZ**⁽¹⁾

I | Introducción

El objeto de este trabajo será estudiar el abordaje dado en el Anteproyecto de Código Penal al controvertido tema de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, sobre el que existen posiciones antagónicas en la doctrina, y que presenta numerosas aristas interesantes para ser analizadas. Entiendo que el debate central que debe darse en este marco —discusión de un proyecto de reforma del Código Penal de la Nación—, debe estar guiado por los siguientes interrogantes. En primer lugar, si la posibilidad de asignar responsabilidad penal a las personas jurídicas es un tema de raigambre constitucional o meramente legal, y por lo tanto, dependiente de la voluntad del legislador. Luego, una vez sentado ello y en caso de considerar que los entes colectivos pueden recibir sanciones penales, si son útiles las teorías que en la actualidad se utilizan para habilitar, o no, la aplicación de poder punitivo a los individuos, o si será necesario el desarrollo de un andamiaje nuevo y específico para las personas jurídicas.⁽²⁾ A continuación, se

(1) Abogada. Profesora adjunta de Derecho Penal I, Parte General de la cátedra del Dr. Divito, Universidad de San Isidro. Profesora de Derecho Penal y Procesal Penal de la cátedra del Dr. De Luca, Facultad de Derecho, UBA. Secretaria interina en el equipo especializado en casos de violencia doméstica de riesgo alto de la Fiscalía N° 3 de la CABA.

(2) Un planteo a partir de interrogantes similares puede verse en SCHÜNEMAN, BREND, “La punibilidad de las Personas Jurídicas desde la perspectiva europea”, en Edgardo Donna (dir.), *Colección de Autores de Derecho Penal*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2009, p. 117.

efectuará una breve reseña de las distintas posturas sostenidas por la doctrina, luego se analizará cómo se reguló el tema en el Anteproyecto, y cómo se articula con la doctrina de la Corte Suprema sobre la materia.

2 | El debate en la doctrina: la postura tradicional versus las nuevas corrientes

2.1 | La postura tradicional: no cabe imputar responsabilidad penal a las personas jurídicas

Históricamente, el principio del derecho romano *societas delinquere non potest* (o *universitas delinquere nequit*) es el que ha regido en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Se sostenía que los entes ideales, en tanto tales, no podían ser sujetos de responsabilidad criminal, campo que quedaba solo reservado a las personas físicas. Esa concepción retomaba la discusión que en el derecho civil se daba acerca de la naturaleza jurídica de los entes colectivos: partidarios de las llamadas “teorías de la ficción” se oponían a quienes postulaban la “teoría de la realidad”.

Dentro del primer grupo, se sostenía que las personas jurídicas no eran más que una invención humana a la que el propio Estado dotaba de derechos y obligaciones, pero detrás de la cual existía un grupo de individuos, los únicos respecto de los cuales podía predicarse una existencia real. En efecto, las sociedades eran entendidas como “... un recurso técnico tendiente a la realización del tráfico comercial y patrimonial, siendo una abstracción que designa individuos —personas físicas— agrupados detrás de ella”.⁽³⁾

Fue este pensamiento el que quedó plasmado en la redacción original del art. 43 del Código Civil de Vélez Sarfield,⁽⁴⁾ y en su respectiva nota al

(3) ILHARRESCONDO, JORGE MARCELO, *Delitos Societarios*, Bs. As., La Ley, 2008, p. 211.

(4) El art. 43 CC, en su redacción original, decía: “No se puede ejercer contra las personas jurídicas, acciones criminales o civiles por indemnización de daños, aunque sus miembros en común, o sus administradores individualmente, hubiesen cometido delitos que redunden en beneficio de ellas”. Esta norma fue posteriormente modificada por la ley 17.711, por lo que actualmente dicho artículo establece: “Las personas jurídicas responden por los daños que causen quienes las dirijan o administren, en ejercicio o con ocasión de sus funciones. Responden también por

pie, en la cual quedara muy claramente marcada cuál era su posición en la materia. En efecto, allí, con cita de Savigny, puede leerse:

El derecho criminal considera al hombre natural, es decir, a un ser libre e inteligente. La persona jurídica está privada de ese carácter, no siendo sino un ser abstracto, **al cual no puede alcanzar el derecho criminal**. La realidad de su existencia se funda sobre las determinaciones de un cierto número de representantes, que en virtud de una ficción, son considerados como sus determinaciones propias. Semejante representación, que excluye la voluntad propiamente dicha, puede tener sus efectos en el derecho civil pero jamás en el criminal (...) Los delitos que pueden imputarse a las personas jurídicas han de ser siempre cometidos por sus miembros o por sus jefes, es decir por personas naturales, importando poco que el interés de la corporación haya servido de motivo o de fin al delito (...) **Castigar a la persona jurídica, como culpable de un delito sería violar el gran principio del derecho criminal que exige la identidad del delincuente y del condenado.**⁽⁵⁾

Dentro de la dogmática penal específicamente, quienes se ubican dentro de este grupo que niega la posibilidad de responsabilizar penalmente a las personas jurídicas,⁽⁶⁾ han desarrollado vastos argumentos tendientes a justificar su postura. Para una mejor exposición, entiendo que los principales pueden dividirse en tres grandes ejes:

- El primero de ellos se afina en la teoría del delito,⁽⁷⁾ y sostiene la imposibilidad de que la persona jurídica realice acciones, entendidas en términos jurídico penales, por sí misma. Por el contrario, aquellas siempre son efectuadas a través de sus miembros.

los daños que causen sus dependientes o las cosas, en las condiciones establecidas en el título: "De las obligaciones que nacen de los hechos ilícitos que no son delitos".

(5) Art. 43 CC, nota al pie. El destacado me pertenece.

(6) Dentro de este grupo se encuentran, por ejemplo: ROXIN, CLAUDIUS, *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito*, t. I, Madrid, Civitas, 2000, p. 258; ZAFFARONI, EUGENIO, ALAGIA, ALEJANDRO y SLOKAR, ALEJANDRO, *Derecho Penal. Parte General*, 2ª edición, Bs. As., Ediar, 2003, p. 426. Para una selección y descripción pormenorizada ver ILHERESCONDO, *Delitos...*, op. cit., p. 211.

(7) Ciertamente es que, según el autor que se estudie, la teoría del delito podrá variar en mayor o menor medida. En este caso, se hace referencia a aquella en tanto categoría de análisis, sin hacer alusión a ninguna en particular.

- El segundo radica en la violación al principio de culpabilidad que implicaría imputar responsabilidad penal a una persona jurídica. Dicho principio establece que para que sea posible la aplicación de responsabilidad penal a un sujeto, deberá existir algún tipo de vínculo subjetivo entre el autor y el hecho en cuestión. Así, en el plano de la tipicidad, será necesario que el sujeto haya podido, al menos, prever el resultado lesivo: se excluye todo tipo de responsabilidad objetiva; no puede atribuirse aquello que fue fortuito; y debió existir por lo menos culpa en el sujeto activo. Mientras, en el plano de la culpabilidad —entendida como categoría de la teoría del delito—, se requerirá que el autor haya podido comprender la criminalidad de su acción y, de ser ello así, que haya podido adecuar su conducta a derecho, o lo que es lo mismo, que la acción le sea reprochable.
- En tercer término, se alega que al asignar responsabilidad penal a la persona jurídica se estaría violando la garantía de la personalidad de las penas, pues, con la sanción impuesta al ente, podría verse afectado un accionista inocente por hechos cometidos, por ejemplo, por el gerente.⁽⁸⁾

Asimismo, se han levantado voces que agregan a las razones arriba enumeradas, la existencia de dificultades de tipo procesal: no existe en nuestra legislación previsión alguna acerca de la forma en que debería llevarse adelante un proceso penal contra una persona jurídica, lo que conllevaría a una conculcación del derecho de defensa y del debido proceso.⁽⁹⁾

2.2 | Las nuevas corrientes: sí a la responsabilidad penal de las personas jurídicas

A la postura explicada anteriormente, se oponen aquellos autores que sí consideran que puede predicarse responsabilidad penal respecto de las personas jurídicas. Entienden que debe reconocerse que la forma de relacionarse del hombre ha mutado, por lo que en la actualidad son muy comunes las asociaciones de individuos, las cuales cumplen un papel fundamental en

(8) ILHARRESCONDO, *Delitos...*, op. cit., p. 217.

(9) En ese sentido se pronunció el juez Zaffaroni en su voto en disidencia en el precedente de la CSJN “Fly Machine S.R.L.”, (Fallos: 329:1974), ocasión en que la mayoría no se expidió sobre el fondo de la cuestión por haber considerado que faltaba fundamentación al recurso intentado. Esa postura fue contraria a otro precedente del máximo Tribunal del año 1917 “Fisco Nacional c/ Pablo Lestard y otros”, (Fallos: 126:163), en el que la Corte confirmó una decisión de la Cámara Federal de Paraná que había resuelto que el hecho de que el representante legal de la empresa imputada no haya prestado declaración indagatoria no era causal de nulidad, pues se trataba de un acto personalísimo que no podía ser llevado a cabo por un representante legal. Al respecto, ver el excelente trabajo de RESTON, MARÍA INÉS, “La responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en Divito y Vismara (dirs.), *Corte Suprema de Justicia de la Nación. Máximos Precedentes. Derecho Penal. Parte General*, t. II, Bs. As., La Ley, 2013, p. 864.

el desarrollo de la vida diaria, incluso en la comisión de delitos, razón por la cual no pueden quedar afuera de la regulación criminal.

Díez Ripollés asegura que aquellos que se enrolan en este grupo esgrimen principalmente razones pragmáticas. En efecto, sostiene que: "Una primera línea de argumentación justifica esa responsabilidad societaria en las dificultades prácticas para exigir responsabilidad penal a las personas físicas insertas en una persona jurídica...".⁽¹⁰⁾ Asimismo, argumenta que entra en juego la pena, y la función que se le asigna, dado que consideran que a partir de ella se logrará pregonar una mejor organización interna de los entes ideales que apunte a la prevención de ilícitos.⁽¹¹⁾

Por otro lado, este grupo de autores se diferencian entre los que consideran que para atribuir responsabilidad penal a los entes colectivos bastan los modelos existentes para sancionar individuos, que deberán, en todo caso, sufrir alguna modificación para los supuestos en que se juzgue la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Y aquellos que observan la necesidad de crear un sistema propio y exclusivo de atribución de responsabilidad para los entes colectivos. Así, puede leerse en Baigún:

... la responsabilidad, en los dos casos, se determina obediendo a parámetros diferentes: en las personas humanas mediante la aplicación de la teoría del delito tradicional; en las personas jurídicas, por medio de un nuevo sistema. No se requiere mayor esfuerzo para colegir que el punto de arranque de esta construcción se asienta en la naturaleza cualitativamente distinta de la acción de la persona jurídica que, por razones de claridad en la nomenclatura, denominamos institucional.⁽¹²⁾

(10) DIEZ RIPOLLÉS, JOSÉ LUIS, "La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Regulación española", [en línea] www.indret.com

(11) Excede el propósito de este trabajo una enumeración detallada de los autores que se pronuncian a favor de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, valga por ello la remisión al estudio al respecto efectuado por Ilharrescondo, *op. cit.*, pp. 217/225.

(12) BAIGÚN, DAVID, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Bs. As., Depalma, 2000, p. 28 (el destacado me pertenece).

3 | La responsabilidad de las personas jurídicas en el Anteproyecto

Uno de los cambios más notorios introducidos por el Anteproyecto fue la regulación de un sistema de responsabilidad —ya se verá de qué tipo— de personas jurídicas en la parte general del Código Penal, posibilidad que la norma actual no contempla, a pesar de que ciertas leyes especiales (el Código Aduanero, la ley 25.156 de Defensa de la Competencia, la ley 19.359 de Régimen Penal Cambiario, entre otras) habilitan responsabilidad penal para las personas jurídicas.

Ahora bien, al haber incorporado este tema, la Comisión Redactora parece haber considerado que la posibilidad de sancionar penalmente a los entes ideales constituye una cuestión de decisión legislativa, que no se encuentra vedada por la Constitución Nacional.

Sin embargo, basta leer la exposición de motivos para darse cuenta que esto no fue así. En efecto, los autores decidieron dejar de lado las discusiones doctrinarias que existen al respecto, y que se suscitaron entre ellos mismos, y adoptaron una posición que podría denominarse más “realista” frente a la situación. Afirmaron haber coincidido en que:

1) Se prevén sanciones a las personas jurídicas en diferentes leyes especiales y, por ende, resulta conveniente unificar legalmente el criterio a su respecto. 2) No es menester pronunciarse acerca de la naturaleza jurídica de las sanciones, reabriendo un largo debate sin solución definitiva, que se remonta al derecho civil de daños, con larga y conocida evolución en la doctrina y jurisprudencia alemanas y norteamericanas.⁽¹³⁾

Y, en el mismo sentido, puede leerse: “... se ha preferido dejar en suspenso cualquier posición al respecto, permitiendo que la doctrina siga discutiendo si tienen o no carácter penal, limitándose a proponer un ámbito sancionador y regularlo con competencia del juez penal”.⁽¹⁴⁾

(13) COMISIÓN PARA LA ELABORACIÓN DEL PROYECTO DE LEY DE REFORMA, ACTUALIZACIÓN E INTEGRACIÓN DEL CÓDIGO PENAL DE LA NACIÓN, *Anteproyecto de Código Penal de la Nación*, “Exposición de motivos”, [en línea] <http://www.infojus.gob.ar/docs-f/anteproyecto/anteproyecto-codigo-penal.pdf>, p. 157.

(14) COMISIÓN..., *Anteproyecto...*, “Exposición de motivos”, cit., p. 157.

Por lo tanto, la Comisión decidió recoger los datos de la realidad que marcaban, por un lado, que ya existían normas que autorizaban la imposición de sanciones a las personas jurídicas y, por otro, que en la sociedad impera la idea de que la conminación penal es más fuerte que el ámbito sancionador administrativo —aunque en rigor este no se vea limitado por las garantías del sistema penal— por lo que se proponen cambios estructurales de dichas normas para lograr una mayor eficacia sancionatoria. Todo ello llevó a sus miembros a concluir que se trataba de un tema que no podía obviarse, aunque decidieron que la discusión doctrinaria de fondo quedara en manos de los poderes políticos. Dicho de otro modo: se dejó abierta la posibilidad a los intérpretes y operadores del sistema de considerar que se trata de coacción directa administrativa del Estado, y no de sanciones de carácter penal.

3.1 | Ubicación sistemática y las condiciones para su aplicación

El tema en estudio fue regulado en el Anteproyecto a partir del art. 59 y hasta el 62, bajo el Título IX denominado “Sanciones a las personas jurídicas” de la Parte General del Código Penal. Nótese que se hace mención a las sanciones para los entes colectivos, mas no así a la naturaleza jurídica de aquellas. En el art. 59⁽¹⁵⁾ se establecieron las condiciones necesarias para que pueda surgir este tipo de responsabilidad.

(15) Art. 59: “1. Las personas jurídicas privadas son responsables, en los casos que la ley expresamente prevea, por los delitos cometidos por sus órganos o representantes que actúen en beneficio o interés de ellas. La persona jurídica quedará exenta de responsabilidad solo si el órgano o representante actúe en su exclusivo beneficio y no genere provecho alguno para ella. 2. Aun cuando el interviniente careciere de atribuciones para obrar en representación de la persona jurídica, esta será igualmente responsable si hubiere ratificado la gestión, aunque fuere de manera tácita. 3. Aun cuando el hecho no implicare beneficio o interés de la persona jurídica, esta será responsable si la comisión del delito hubiere sido posibilitada por el incumplimiento de sus deberes de dirección y supervisión. 4. El juez podrá imponer sanciones a las personas jurídicas, aun cuando el interviniente no resultare condenado, siempre que el hecho se hubiere comprobado. 5. Para sancionar a una persona jurídica será necesario que esta haya tenido oportunidad de ejercitar su derecho de defensa. 6. La transformación, fusión, absorción o escisión de una persona jurídica trasladará su responsabilidad a las entidades en que se transforme, quede fusionada o absorbida o resultaren de la escisión, sin perjuicio de los terceros de buena fe. En tal caso el juez moderará la sanción a la entidad en función de la proporción que la originariamente responsable guarde con ella. 7. No extingue la responsabilidad la disolución aparente de la persona jurídica, la que se presume cuando se continúe su actividad económica y se mantenga la identidad sustancial de clientes, proveedores y empleados. 8. La acción contra la persona jurídica se extingue en el plazo de seis años”.

En primer lugar, deberá tratarse de **personas jurídicas privadas**. Sin embargo, no se formuló un concepto jurídico penal de aquellas, por lo que habrá que acudir al que existe en otra parte del ordenamiento jurídico: el artículo 33 del Código Civil.⁽¹⁶⁾

En segundo término, se dispuso un sistema *numerus clausus*.⁽¹⁷⁾ En efecto, la norma en estudio estipuló que los entes colectivos solo serán responsables “en los casos que la ley expresamente prevea”. Por lo tanto, no parece ilógico suponer que se intentó que los supuestos en los que fuera posible sancionar a las personas jurídicas fueran escasos. No obstante, en la parte especial del Código, puede encontrarse un elevado número de delitos que la prevén, con una gran diversidad de bienes jurídicos en juego. Así, podrán ser sancionadas por cualquiera de los delitos receptados bajo el Título I, “Delitos contra la humanidad” (arts. 64 a 73), por el delito de reducción a la servidumbre (art. 105), trata de personas (art. 111), contrataciones y condiciones laborales ilegales (art. 124) y por la totalidad de los delitos previstos en los Títulos VII y VIII, “Delitos contra el patrimonio” y “Delitos contra el orden financiero”, respectivamente (arts. 140 a 163, y arts. 164 a 179). También por las figuras penales previstas en el Título IX, “Delitos contra la hacienda pública y contra la seguridad social” (arts. 180 a 183), por el delito de estrago e inutilización de defensas (art. 184), por los regulados en el art. 185 relacionados con explosivos y elementos de destrucción masiva, por la fabricación y tráfico de armas (art. 187), naufragio y desastres (art. 188), envenenamiento, adulteración y riesgo colectivo (art. 194), comercialización irregular de medicamentos (art. 195), violación de normas sanitarias (art. 196), tráfico de órganos (art. 198), contaminación (art. 204), sustracción a deberes en caso de conflicto armado y entorpecimiento a la defensa nacional (arts. 224 y 225). Del Título XV “Delitos contra la administración pública” se incluyó la totalidad del Capítulo V, “cohecho y tráfico de influencias” (arts. 261 a 265), así como el art. 270 donde se

(16) Al respecto, el art. 33 CC establece que: “Las personas jurídicas pueden ser de carácter público o privado. Tienen carácter público: 1°. El Estado Nacional, las Provincias y los Municipios. 2°. Las entidades autárquicas. 3°. La Iglesia Católica. Tienen carácter privado: 1°. Las asociaciones y las fundaciones que tengan por principal objeto el bien común, posean patrimonio propio, sean capaces por sus estatutos de adquirir bienes, no subsistan exclusivamente de asignaciones del Estado, y obtengan autorización para funcionar. 2°. Las sociedades civiles y comerciales o entidades que conforme a la ley tengan capacidad para adquirir derechos y contraer obligaciones, aunque no requieran autorización expresa del Estado para funcionar”.

(17) Una regulación similar existe en el Código Penal español, en su art. 31 *bis*, inc. 1°.

regula el delito de negociaciones incompatibles, y en el 273 que sanciona el incremento patrimonial no justificado.

Tercero, se estableció que únicamente serán responsables las personas jurídicas cuando sus órganos o representantes hayan actuado en beneficio de aquellas. Y aun más, incluso en los casos en los que el hecho delictivo no implicare tal beneficio o interés, las personas jurídicas podrán ser igualmente responsabilizadas si el delito fue facilitado "por el incumplimiento de sus deberes de dirección y supervisión".

De lo anterior, se deduce que se optó por uno de los dos grandes sistemas de atribución de responsabilidad penal a las personas jurídicas que identifica la doctrina, el modelo "de atribución",⁽¹⁸⁾ según el cual se imputan al ente colectivo los hechos cometidos por sus miembros. Incluso cuando no hubiera existido beneficio para la persona ideal, y el delito haya sido cometido como consecuencia de una culpa *in eligendo* e *in vigilando* del ente (conforme surge de la exposición de motivos), será un supuesto de responsabilidad atribuida. Ello pues la única diferencia es que el beneficio propio desaparece como requisito, y es reemplazado por la hipótesis de que la sociedad haya tenido organización y control defectuosos, pero siempre se trata de un ilícito cometido por un tercero miembro de aquella.

Esta forma de atribución de responsabilidad ha recibido críticas desde la doctrina. En efecto, se argumenta que implica una atribución de responsabilidad objetiva dado que no existe vínculo alguno entre el hecho delictivo y la persona jurídica. Se trata de una atribución de responsabilidad por un hecho ajeno: se elimina la necesidad de reproche.

Este artículo, en sus incisos 6º y 7º,⁽¹⁹⁾ apunta a evitar que las personas jurídicas logren impunidad a partir de mecanismos propios del mundo societario tales como la transformación, fusión, absorción, o escisión. Nuevamente, aquí será necesaria una remisión a otra parte del ordenamiento

(18) Se le opone el modelo de "responsabilidad propia u originaria" por el cual se le reprochan los sucesos protagonizados por la propia sociedad como consecuencia de la infracción de deberes propios de organización, se alude a una "organización defectuosa de la empresa". La denominación de dichos modelos varía entre cada autor. Aquí, se siguió la utilizada por ROBLES PLANAS, RICARDO, "¿Delitos de personas jurídicas?", [en línea] www.indret.com pp. 5/6. Para una detallada exposición de los modelos existentes y de las críticas que se le formulan, DÍEZ RIPOLLÉS, JOSÉ LUIS, "La responsabilidad...", cit., pp. 5/10.

(19) Ver nota 15 de este trabajo.

jurídico que arroje luz sobre esos conceptos: la herramienta más útil será la ley 19.550 de Sociedades Comerciales.

En el mismo sentido, se estableció una presunción de disolución aparente⁽²⁰⁾ de la persona jurídica en los casos en que otra continúe con la misma actividad económica, y conservando mayoritariamente los mismos clientes, proveedores y empleados. Si bien no se aclara si se trata de una presunción que podría admitir prueba en contrario, una interpretación respetuosa del Principio de División de Poderes derivado de una forma Republicana de Gobierno y acorde a una interpretación favorable al imputado pareciera indicar que se trata de una presunción *iuris tantum*, aunque *a priori* parece difícil poder imaginar un supuesto en que se den todos los requisitos necesarios enumerados en la norma, y aun así no se haya tratado de una disolución aparente de la persona jurídica en cuestión.

Por último, la razón del plazo de prescripción de la acción de seis años reside, una vez más, en intentar lograr efectividad en el proceso, dado que una duración más larga, entienden los redactores, importaría con bastante seguridad, la extinción del ente colectivo, y la imposibilidad por parte del juez de evaluar su patrimonio para poder graduar la pena que le correspondería.

3.2 | Las sanciones previstas y su modo de aplicación⁽²¹⁾

Mientras que en el art. 60 se enumeraron las sanciones que podrán imponerse a una persona jurídica, en la norma siguiente se establecieron ciertos límites para esa aplicación, al tiempo que se habilitó que la imposición sea de forma alternativa o conjunta. Así, con relación a la pena de multa, se remitió al art. 34, oportunidad en que se la reguló para sancionar

(20) Interesa llamar la atención aquí que la Comisión pretende incorporar dentro de un Código de fondo una regulación procesal, situación discutida en doctrina pero que supera los límites de la ponencia.

(21) Los arts. 60 y 61 del Anteproyecto dicen: "1. Las sanciones a las personas jurídicas serán las siguientes: a) Multa. b) Cancelación de la personería jurídica. c) Suspensión total o parcial de actividades. d) Clausura total o parcial del establecimiento. e) Publicación total o parcial de la sentencia condenatoria a su costa. f) Prestaciones obligatorias vinculadas con el daño producido. g) Suspensión del uso de patentes y marcas. h) Pérdida o suspensión de beneficios estatales. i) Suspensión para participar en concursos o licitaciones estatales. j) Suspensión en los registros estatales. 2. Son aplicables a las personas jurídicas las disposiciones de los Títulos VII y VIII del Libro Primero de este Código" (art. 60).

a los individuos excepto en lo que tiene que ver con la determinación del importe, respecto del cual se creó un sistema específico en los incisos 3° y 4°. Se dispuso además que el monto total no podrá superar un tercio del patrimonio de la sociedad, con la finalidad de evitar que recaigan penas tan gravosas que resulten confiscatorias, límite que también tendrá que ser respetado en los casos en los que la pena de multa se imponga conjuntamente con la de efectuar prestaciones obligatorias vinculadas con el daño producido (art. 60, inc. f).

A diferencia de la pena de cancelación de personería, que tiene un límite infranqueable y solo podrá aplicarse cuando la persona jurídica estuviese destinada principalmente a la comisión de ilícitos, la suspensión total de actividades y clausura total del establecimiento procederá cuando ese ya no sea el único objeto del ente colectivo, pero sí su actividad más habitual. Además, este supuesto posee un límite máximo temporal de un año, pues si ello no existiera, materialmente esta pena tendría iguales efectos que la cancelación de la personería. En el inc. 7° se fijó un tope de seis meses para la suspensión y clausura parcial. Asimismo, fijó un máximo de tres años para la suspensión del uso de patentes y marcas, la pérdida o suspensión de beneficios estatales, la suspensión para participar en concursos o licitaciones estatales y la suspensión en los registros estatales.

Resulta interesante destacar que si bien en el art. 61 del Anteproyecto se fijan topes máximos para la imposición de las penas previstas, no sucede lo propio con los mínimos. Es decir: no se ha atado al juez a un mínimo

"1. Las sanciones podrán imponerse en forma alternativa o conjunta. 2. La multa se impondrá conforme al sistema de días de multa, salvo disposición legal en contrario, y para ello serán aplicables los incisos 1°, 2° y 4° del art. 34. 3. El importe de cada día de multa no será inferior al monto del salario mínimo vital y móvil vigente al tiempo de la sentencia ni superior al importe de cinco salarios de esa categoría. 4. El monto total de la multa no excederá de la tercera parte del patrimonio neto de la entidad al momento del hecho, establecido de conformidad con las normas de contabilidad aplicables. 5. La cancelación de la personería jurídica solo procederá en el supuesto en que la persona jurídica tuviere como objetivo principal la comisión de delitos. 6. La suspensión total de actividades y la clausura total del establecimiento tendrán un máximo de un año y solo podrán imponerse cuando se empleare habitualmente a la persona jurídica para la comisión de delitos. 7. La suspensión y la clausura parcial tendrán un máximo de seis meses. La suspensión del uso de patentes y marcas, la pérdida o suspensión de beneficios estatales, la suspensión para participar en concursos o licitaciones estatales y la suspensión en los registros estatales, tendrán un máximo de tres años. 8. Las prestaciones del apartado f) del inciso 1° del artículo 60°, conjuntamente con la multa, no podrán superar el límite señalado en el inciso 4°" (art. 61).

obligatorio sino que ello dependerá de la valoración que haga en cada caso concreto. Por otro lado, en el art. 60 inc. 2º, se obvió el criterio rector en la materia que tomó la Comisión —generar un sistema de regulación propio para las personas jurídicas—, y se determinó que a estos entes les será aplicable el mismo régimen de decomiso y reparación del daño causado regulado para las personas físicas.

3.3 | Criterios para la determinación de la pena⁽²²⁾

Aquí se fijaron las pautas que deberán guiar a los magistrados al momento de determinar el *quantum* de las sanciones. Una vez más, se decidió elaborar un sistema propio para las personas jurídicas en el entendimiento de que no es posible aquí hablar de culpabilidad penal, tal y como se la entiende para las personas físicas.

A partir del estudio de la exposición de motivos para este artículo, puede advertirse que la principal preocupación de los integrantes de la Comisión Redactora fue la de encontrar criterios que ayudaran a los jueces a contrarrestar los efectos que las sanciones sobre una persona jurídica pudieran generar sobre la sociedad en su conjunto, sobre terceros ajenos al ente colectivo, o incluso sobre terceros relacionados con aquel pero que no estuvieran relacionados con los hechos delictivos.

(22) El art. 62 del Anteproyecto dice: “1. Las sanciones se determinarán teniendo en cuenta el grado de inobservancia de reglas y procedimientos internos, el grado de omisión de vigilancia sobre la actividad de los intervinientes y, en general, la trascendencia social y la gravedad del hecho ilícito. También se tendrá en cuenta la eventual cooperación al esclarecimiento del hecho, el comportamiento posterior y la disposición espontánea a mitigar o reparar el daño, o a resolver el conflicto. 2. Cuando las sanciones pudieren ocasionar graves consecuencias sociales y económicas, serios daños a la comunidad o a la prestación de un servicio de utilidad pública, el juez aplicará las que resulten más adecuadas para preservar la continuidad operativa de la empresa, de la fuente de trabajo y de los intereses de los socios ajenos al accionar delictivo. 3. Si la persona jurídica fuere una pequeña o mediana empresa y hubiere sido penado el interviniente, el juez podrá prescindir de las sanciones a la entidad en caso de menor gravedad. 4. La cantidad de días de multa y el importe de cada uno de estos, serán fijados por el juez atendiendo a la naturaleza y magnitud del daño o peligro causado, al beneficio recibido o esperado del delito, al patrimonio y naturaleza de la entidad y a su capacidad de pago. 5. El juez podrá disponer el pago de la multa en forma fraccionada durante un período de hasta cinco años, cuando su cuantía y cumplimiento en un único pago, pusiere en peligro la supervivencia de la entidad o el mantenimiento de los puestos de trabajo, o cuando lo aconseje el interés general. 6. El juez y la administración tendrán en cuenta las sanciones que uno u otro aplicaren por el mismo hecho y con iguales fundamentos. Cuando la sanción fuere de multa, deberán descontar el monto de la aplicada por la otra competencia”.

Un especial interés despierta el inc. 6° de la norma en cuestión, cuando dispone que “El juez y la administración tendrán en cuenta las sanciones que uno u otro aplicaren por el mismo hecho y con iguales fundamentos”. Pareciera que, si existe la posibilidad de que tanto el juez penal como la administración impongan penas con iguales fundamentos, entonces la naturaleza jurídica de la sanción recibida por el ente en sede penal también sería administrativa. Situación que genera el interrogante acerca del respeto a la garantía de *ne bis in idem*: si se trata de la misma sociedad, del mismo hecho, y los mismos fundamentos, ¿no estarían dadas las tres identidades necesarias que vedan la imposición de otra pena? Sin embargo, la norma sostiene que la administración o el juez penal podrán fijar su sanción, pero teniendo en cuenta la ya existente.

4 | La responsabilidad penal de las personas jurídicas en la CSJN

Reston⁽²³⁾ explica que, desde los primeros precedentes acerca del tema en estudio, la doctrina de la Corte Suprema establecía que las personas jurídicas no podían ser perseguidas penalmente, pues ello estaba prohibido por el art. 43 del Código Civil.⁽²⁴⁾

Este principio general reconoció una excepción en materia aduanera: los artículos 1027 y 1028 de las Ordenanzas de Aduana establecían la responsabilidad en los supuestos de fraude aduanero y fiscal. Como esta normativa había sido sancionada con posterioridad al Código Civil, y eran legislación especial, el Máximo Tribunal entendió que en esos casos sí podía perseguirse penalmente a los entes ideales. A su vez, dicha excepción fue matizada en el año 1944,⁽²⁵⁾ pues resolvió que al tratarse de una excepción al principio general debía ser interpretada restrictivamente: solo podían ser sancionadas las personas jurídicas privadas de existencia voluntaria y que hubieran sido creadas con fines económicos. Quedaban fuera de la

(23) Para una completa y detallada evolución de la jurisprudencia de la Corte Suprema en este punto, acudir al trabajo de RESTON, MARÍA INÉS, *op. cit.*, pp. 857/871.

(24) Ver nota 4 del presente trabajo.

(25) CSJN, “Sociedad Diebel y Saporiti, y Dirección General de Hospitales de Santiago del Estero c/ Aduana”, 1944, (Fallos: 200:419).

excepción, y por tanto alcanzadas por el principio general de irresponsabilidad, las personas jurídicas de existencia necesaria creadas con fines políticos: el Estado, las provincias, municipios y los restantes órganos de la administración pública.

El art. 59 del Anteproyecto parece compatibilizar con esta doctrina, toda vez que establece que únicamente podrán ser sancionadas las personas jurídicas privadas, por lo que los entes colectivos públicos no podrán serlo en sede penal. Sin embargo, allí se les habilita responsabilidad para un catálogo de delitos que excede las infracciones aduaneras, tributarias o contra el régimen penal cambiario, y que en la actualidad están previstas en leyes especiales, por lo que se abre el interrogante acerca de cuál será la postura que adoptará la Corte si tuviera que pronunciarse en un caso con el esquema previsto por el Anteproyecto, y con relación a un delito que no sea ninguno de los anteriores.

No puede evitarse en este acápite, hacer referencia al voto en disidencia de Zaffaroni en el fallo “Fly Machine”,⁽²⁶⁾ oportunidad en la que expuso categóricamente su opinión acerca de la imposibilidad de sancionar penalmente a las personas jurídicas. Sostuvo que esa prohibición provenía directamente del propio texto de la Constitución Nacional (arts. 18 y 19), y de alguno de los tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional.⁽²⁷⁾ Consideró que de dichas normas se desprende el principio *nulla injuria sine actione*, el que necesariamente implica que el concepto jurídico-penal de acción impone como límite al legislador que los delitos solo pueden provenir de conductas humanas. Concretamente dijo: “... la construcción del concepto jurídico-penal de acción halla un límite concreto en ciertas coordenadas constitucionales en cuya virtud los delitos, como presupuestos de la pena, deben materializarse en conductas humanas, describibles en tanto tales por la ley penal”.⁽²⁸⁾ Al argumento de la incapacidad

(26) Ver nota 9 de este trabajo.

(27) ONU, Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 11, 2º párrafo, [en línea] <http://www.un.org/es/documents/udhr/>; ONU, PIDESC, art. 15, párrafo 1º, [en línea] <http://www2.ohchr.org/spanish/law/cescr.htm>; OEA, Convención Americana de Derechos Humanos, art. 9º, [en línea] http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm; ONU, Convención sobre los Derechos del Niño, art. 40, párrafo 2º, apartado a), [en línea] <http://www2.ohchr.org/spanish/law/crc.htm>

(28) CSJN “Fly Machine S.R.L.”, 30/05/2006, (Fallos: 329:1974), consid. 7º del voto en disidencia de Zaffaroni.

de acción, agregó la imposibilidad de predicar respecto de la persona jurídica el principio de culpabilidad, y la ausencia de regulación procesal para el juzgamiento de aquellas, lo que conculcaría su derecho de defensa y el debido proceso. Por último, dejó aclarado que su opinión negativa era únicamente respecto de una pretendida responsabilidad penal de las personas jurídicas, las cuales sí podrían ser sometidas al sistema reparador —propio del ámbito civil—, y a la coacción administrativa directa.

Ahora bien, entre la emisión de dicho voto y la redacción del Anteproyecto, ¿existió un cambio de postura de Zaffaroni? Entiendo que, por ahora, la respuesta debe ser negativa. Como ya se expusiera, la Comisión decidió no pronunciarse acerca de la naturaleza jurídica de las penas previstas para los entes ideales, y se limitó a estructurar un sistema para sancionar a las personas jurídicas con competencia del juez penal, el cual podría considerarse ejercicio de coacción administrativa directa, hipótesis que sí considera viable Zaffaroni.

5 | Algunas conclusiones

Al comienzo de este trabajo se plantearon dos interrogantes que trataré ahora de responder. El primero de ellos, acerca de si la posibilidad de asignar responsabilidad penal a las personas jurídicas es un tema que reconoce algún impedimento constitucional, o si corresponde al nivel legal. La “postura realista” tomada por la Comisión no sirve para encontrar una respuesta, pues abiertamente implicó evadir la cuestión. Se optó por elaborar un sistema de sanciones de naturaleza discutida, con competencia del juez penal, por lo que se impondrían con todas las garantías y presupuestos necesarios para la determinación de una responsabilidad penal.

Considero que se trata de un punto cuyo análisis no deberían eludir los poderes políticos. Si bien resulta loable el objetivo de la Comisión de lograr la sistematización de la imposición de penas a las personas jurídicas, hasta ahora desordenada e inconexa, entiendo que ese orden debe ir acompañado por una toma de posición sobre la naturaleza penal o no de las sanciones. Y, para ello, se debe estudiar si la Constitución Nacional y los Tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional lo impiden.

En principio, parecería que la interpretación de las normas constitucionales efectuada por Zaffaroni en su voto en disidencia del fallo “Fly Machine” resulta demasiado categórica. En todo caso, deberá darse un amplio debate acerca del contenido del principio *nullum crimen sine conducta*, para estudiar si admite una mirada distinta a la allí volcada, o si por el contrario, aquella es la más acertada.

En torno a la segunda de las cuestiones —la necesidad o no de una teoría del delito propia de los entes colectivos—, estimo que la responsabilidad penal de las personas jurídicas es muy distinta a la que se predica de los individuos, por lo que no es posible trasladar, sin más, los conceptos y postulados que se aplican respecto de aquéllos. Por lo tanto, la creación de una estructura nueva deviene imperiosa, así como la sanción de normas procesales que acompañen la presencia de los entes colectivos como sujetos pasibles de sanciones.

Como colofón, la regulación del Anteproyecto sobre la materia en cuestión debe ser el puntapié inicial para una discusión seria al respecto que nos permita tener una regulación expresa lo más clara y respetuosa de los mandatos constitucionales posible.

La protesta social en el Anteproyecto de Código Penal argentino

I Encuentro de Jóvenes Penalistas
Universidad Nacional
de Mar del Plata y AAPDP

por **MARÍA ÁNGELES RAMOS**⁽¹⁾

I | Introducción

Los actos pacíficos de manifestación pública que tengan por objeto peticionar algo que se considere justo o poner de manifiesto aquello que se cree injusto son formas legítimas de ejercer los derechos reconocidos en la Constitución. Por tanto, de modo alguno podrá pensarse que estos actos puedan ser interpretados como supuestos delictivos.

En la realidad social, la protesta social opera, generalmente, como un recurso —a veces el último— de aquel que trata de ejercer su derecho sin ninguna respuesta. Algunas veces se trata de un actuar consensuado y en otros espontáneo. Es común enterarnos de situaciones en las cuales se sale a la calle a expresar reclamos como un mecanismo de impotencia frente al silencio de las autoridades. Podríamos citar innumerables

.....
(1) Abogada (UMSA). Especialista en Derecho Penal (UB). Doctorando en Ciencias Jurídicas (UCA). Funcionaria de la Justicia Nacional. Docente de Derecho Penal (UBA), Cátedra De Luca.

ejemplos, como la marcha de “los cacerolazos”, conformada por un grupo social que reclamaba las medidas tomadas por el Estado frente a los depósitos bancarios y a la imposibilidad de disponer libremente de su propiedad. También, “el corte de la autopista por empleados de Kraft”, que reclamaban la intervención de las autoridades frente a despidos que consideraban arbitrarios.

Estos dos ejemplos son similares; en ambos se trató de la reunión pacífica de un grupo de personas que reclamaban por un objetivo común; ambos utilizaron el espacio público para expresar sus reclamos; ambos cortaron las vías de comunicación ya que eligieron las calles (en un caso las calles del centro de la ciudad y en el otro, la autopista Panamericana); en ambos existieron excesos distintos de la protesta, hubo daños producidos por la ruptura de persianas de bancos y en el otro los que generaron la quema de cubiertas sobre la autopista. La única diferencia es que en el primer caso se lo consideró el legítimo ejercicio de un derecho y en el otro se criminalizó la protesta.

¿Por qué en un caso sí y en otro no? ¿Cuál es el estándar que nos permite diferenciar un supuesto de otro?

Es común que, al judicializar la protesta, se analice la conducta desde al art. 194 del Código Penal⁽²⁾ —en adelante, CP— que contempla uno de los delitos contra la seguridad del tránsito, medios de transporte y comunicación.⁽³⁾ Por ello, en el presente trabajo analizaremos esas mismas conductas a partir de la figura penal propuesta en el art. 190 del Anteproyecto de Código Penal argentino que tipifica el delito de interrupción de servicio.⁽⁴⁾

(2) Art. 194 CP: “El que, sin crear una situación de peligro común, impidiere, estorbare o entorpeciere el normal funcionamiento de los transportes por tierra, agua o aire o los servicios públicos de comunicación, de provisión de agua, de electricidad o de sustancias energéticas, será reprimido con prisión de tres meses a dos años”.

(3) Resulta oportuno aclarar que en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, se encuentra estipulada una contravención, que surge del art. 78 del Código Contravencional, Penal y de Faltas. Con lo cual, en este ámbito local, la cuestión podrá ser delito o una contravención, según cada caso.

(4) Anteproyecto de Código Penal de la Nación, art. 190: “1. El que, sin crear una situación de peligro común, impidiere o interrumpiere el normal funcionamiento de los transportes por tierra, agua o aire, los servicios públicos de comunicación telefónica, radiofónica, satelital o electrónica, de provisión de agua, de electricidad o de sustancias energéticas, o resistiere con violencia su restablecimiento, será reprimido con prisión de seis (6) meses a dos (2) años.

Analizaremos los actos de protesta desde el plano constitucional, por considerar que es el primer gran filtro que obliga a separar aquellas conductas que serán el ejercicio propio de un derecho. Luego, aquellos supuestos que lo atraviesen deberán ser analizados desde el derecho penal y para ello utilizaremos como punto de partida el delito vigente y el que se propone en el Anteproyecto.

2 | La protesta social en la Constitución Nacional argentina

La protesta social es una forma de expresión pública contemplada en la Constitución Nacional argentina, como un derecho fundamental, cuando la reconoce dentro del derecho de reunión, el de petición a las autoridades y el de publicar las ideas por la prensa sin censura previa.⁽⁵⁾

El derecho de petición comprende la posibilidad material de solicitar al Estado algo, por ejemplo, mejor educación, vivienda, estado de la vía pública, seguridad, intervención frente a despidos arbitrarios, etc. Como explica Bidart Campos,⁽⁶⁾ este derecho no se identifica con la obtención de una respuesta, sino que el derecho a peticionar se vincula con el de hacerse escuchar ante las autoridades, con lo cual, estas últimas quedarán obligadas a dar una respuesta.

Por otra parte, el derecho de reunión, si bien no se trata de un derecho explícitamente integrado dentro de la lista de derechos reconocidos, sí lo es, de forma implícita, como derivado del derecho de asociación. En este sentido, mientras "... la libertad de asociación tiende a la formación de grupos más o menos durables, organizados o institucionalizados, la

2. En caso de impedimento o interrupción de servicios de transporte por tierra, agua o aire, el delito solo se configurará mediante desobediencia a la pertinente intimación judicial".

(5) Art. 14 CN: "Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme las leyes que reglamenten su ejercicio; a saber: de trabajar y ejercer toda industria lícita; de navegar y comerciar; de peticionar a las autoridades; de entrar, permanecer, transitar y salir del territorio argentino; de publicar sus ideas por la prensa sin censura previa; de usar y disponer de su propiedad; de asociarse con fines útiles; de profesar libremente su culto; de enseñar y aprender".

(6) BIDART CAMPOS, GERMÁN J., *Manual de la Constitución Reformada*, t. II, 4ª reimposición, Bs. As., Ediar, 2010, p. 63.

reunión concierta la agrupación transitoria, tal vez momentánea o hasta fugaz, con algún interés común para su participantes".⁽⁷⁾

Además, el reconocimiento constitucional de este derecho surge de una interpretación armónica entre los arts. 14,⁽⁸⁾ 33⁽⁹⁾ y 22.⁽¹⁰⁾ Ello, por cuanto se lo reconoce como un derivado del derecho de asociarse libremente, su no enumeración taxativa dentro del texto constitucional no significa su negación y lo que la Constitución prohíbe es la sedición, es decir, la reunión de personas que se atribuya los derechos del pueblo y peticione en su nombre. Por tanto, una reunión pacífica debe ser entendida como otro derecho constitucional.

Como tercera cuestión, está el derecho a publicar las ideas por la prensa sin censura previa. Este constituye concretamente la libertad de expresión. Existe consenso en considerar que el concepto de prensa no debe ser entendido con un sentido literal, sino que comprende el derecho a hacer público, es decir, transmitir, difundir y, principalmente, exteriorizar cualquier idea, opinión, crítica, imágenes, etc., por cualquier medio. En la actualidad, el concepto de prensa ha trascendido al concepto histórico.

Existen distintas posiciones filosóficas que dan sustento a la consideración de que la libertad de expresión resulta un reconocimiento fundamental en cualquier Constitución. Más allá de la posición filosófica que le asignemos al derecho de expresarse, resulta innegable que la protesta social es una de sus formas.

Lo importante es que nuestra Constitución Nacional prohíbe censurar el acto de expresarse libremente. Se trata de un estándar muy amplio en materia de libertad de expresión porque impide que se dicten regulaciones que puedan operar como mecanismos de censura indirecta.

.....

(7) BIDART CAMPOS, GERMÁN J., *op. cit.*, p. 64.

(8) Ver nota 5.

(9) Art. 33 CN: "Las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución, no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados; pero que nacen del principio de soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno".

(10) Art. 22 CN: "El pueblo no delibera ni gobierna, sino por medio de sus representantes y autoridades creadas por esta Constitución. Toda fuerza armada o reunión de personas que se atribuyan los derechos del pueblo y peticione a nombre de este, comete delito de sedición".

En materia de libertad de expresión, la Argentina se rige bajo el régimen de responsabilidades ulteriores. Por tanto, las regulaciones podrían resultar dudosas desde el punto de vista del derecho constitucional y es por ello que deberían ser emitidas bajo un estricto control constitucional. Por ejemplo, reglamentaciones que tiendan a regular la protesta con requisitos como los de aviso previo, regulación de tiempo, modo y lugar del derecho a protestar. Como regla general, la normativa que se dicte en materia de regulación debería estar orientada a garantizar el ejercicio del derecho, pero nunca restringirlo.

El reconocimiento de estos derechos en la Constitución nos lleva a preguntarnos cuál es entonces la razón de ser del art. 19, en cuanto determina que “las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están solo 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”. Como explica De Luca,⁽¹¹⁾ salvo que pensemos que el constituyente es redundante, debe haber una razón de peso para que se hayan incluido, por un lado, el principio de reserva y, por otro, el reconocimiento de otros derechos.

Analicemos la cuestión. El principio de reserva, consagrado en la fórmula del art. 19 CN, determina un ámbito de libertad total, siempre y cuando mi conducta no lesione o ponga en peligro derechos de terceros o no exista una ley que la proscriba. De esta manera, una reunión pacífica, el peticionar a las autoridades como forma de expresión, en la medida en que no se excedan de los límites fijados por el art. 19, quedarían comprendidos dentro del principio de reserva. Sin embargo, la Constitución reconoce de forma independiente estos derechos y ello es así porque, a nuestro modo de ver, cuando el ejercicio de un derecho excede del marco del principio de reserva, emerge como verdadero derecho frente a los demás. Es decir, será a partir del conflicto entre derechos que emerge su reconocimiento.

A partir de aquí, es decir, frente al choque de derechos, comienza el verdadero análisis constitucional. Por lo tanto, aquí tenemos un primer filtro, el establecer en cada caso, si se trata del ejercicio de un derecho dentro

(11) DE LUCA, JAVIER AUGUSTO, *Libertad de prensa y delitos contra el honor*, Bs. As., Ad-Hoc, 2006.

de un espacio de libertad total, en cuyo caso no podrá existir ningún tipo de interferencia estatal.

Si se concluye lo contrario, corresponderá determinar en cada caso el choque o superposición de derechos. Por ejemplo: el de protestar ante las autoridades frente al derecho de transitar libremente. Se debería analizar el conflicto a partir del análisis que tenga como presupuesto un sistema de ponderación de derechos.

Y aquí viene otro problema determinado por la ubicación que se le asigna a la libertad de expresión dentro de la jerarquía de derechos, partiendo de la base de que los derechos fundamentales no pueden ser desoídos por ningún Estado constitucional y debido a que se trata de libertades esenciales que resultan indisponibles por los Estados donde su importancia radica, según lo explica Ferrajoli,⁽¹²⁾ en que operan “como leyes del más débil” porque “... tales derechos son establecidos en las constituciones como límites y vínculos a la mayoría justamente porque están siempre —de los derechos de libertad a los derechos sociales— contra las contingentes mayorías”.

Dentro del catálogo de derechos existe una jerarquía que permite ubicarlos dentro de un rango de protección. Este será un parámetro objetivo de análisis frente a situaciones de conflicto de derechos. Pero, ¿cuál es la posición que ocupa la libertad de expresión frente a los demás derechos?

Según nuestra posición, el derecho de expresarse libremente es un derecho de categoría superior, o como explica Gargarella,⁽¹³⁾ el primer derecho, porque se trata de aquel que está más estrechamente vinculado con la autonomía individual y el autogobierno colectivo. Esta cualidad es la que lo ubica dentro de una posición de protección privilegiada por parte de cualquier Estado democrático y es lo que le da fundamento a su propia legitimidad debido a que interviene en la preservación de la democracia, ya sea que esta se entienda como un valor intrínseco o como un medio o instrumento de autodeterminación colectiva, en la medida que permite, según señala Fiss⁽¹⁴⁾ que un pueblo decida qué tipo de vida quiere vivir.

(12) FERRAJOLI, LUIGI, *Democracia y garantismo*, Madrid, Trotta, 2008, p. 43.

(13) GARGARELLA, ROBERTO, *El derecho a la protesta. El primer derecho*, Bs. As., Ad-Hoc, 2005, p. 41.

(14) FISS, OWEN M., *La libertad de expresión y estructura social*, México, Distribución Fontamara SA, 1997, p. 23.

Por otra parte, reafirma nuestra posición el alcance que la CADH⁽¹⁵⁾ y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁽¹⁶⁾ dan a la libertad de expresión cuando reconocen que comprende el derecho de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas, caracterizándola así con una doble dimensión, como las caras de una moneda. Por un lado, tiene una dimensión individual que comprende el derecho de cada individuo a manifestar todo cuanto considere sin censura previa, así como el de buscar y recibir esa información o ideas y, por otro, una dimensión social, que implica el reconocimiento de su utilidad para una sociedad democrática estar enterada de todos los asuntos que hacen a su vida política.

En este estado del análisis veremos que existe un segundo estándar objetivo para analizar la cuestión, determinado por la ubicación que ocupa la protesta social frente a los demás derechos.

Si tuviéramos que resolver los ejemplos con los que comencé mi exposición conforme a este parámetro podríamos concluir que la protesta social como forma de expresión prevalece frente a la obstrucción total o parcial que derivó en la imposibilidad transitoria de circular libremente.⁽¹⁷⁾ De esta manera, la protesta social como forma de expresión pacífica, pese a que se enfrente a otros derechos, debería ser interpretada en el balance jerárquico de derechos, como uno de naturaleza primordial y esencial en todo orden democrático.

(15) CADH, art. 13: "1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito, o en forma impresa o artística, o por cualquier otro medio de su elección..."

(16) Art. 19, PIDCP:

1. Nadie podrá ser molestado a causa de sus opiniones.

2. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.

(17) Merece una aclaración la circunstancia de que, en cualquier caso, no se trató de un supuesto que haya impedido la circulación debido a que existían mecanismos alternativos y que, en realidad, se trataba de un cuestionamiento derivado del derecho a "no llegar tarde" o "a no tener que tolerar la protesta", supuestos que, como tales, no alcanzan para poner en jaque el derecho a expresarse libremente, mucho menos, en una sociedad democrática.

Sin embargo, advertimos que existen supuestos de manifestación popular que son judicializados, pero para ser criminalizados deberán atravesar otros estándares concretos que nos permitirán afirmar en qué caso una protesta social ofende, es decir, lesiona derechos de terceros. En el ámbito nacional ese supuesto está tipificado en el art. 194 CP y, en el Anteproyecto de Código Penal Argentino, se promueve como delito en el art. 190.

3 | La protesta social en el Anteproyecto de Código Penal argentino

En el Anteproyecto⁽¹⁸⁾ el delito aparece redactado como art. 190 de la siguiente manera:

1. El que, sin crear una situación de peligro común, impidiere o interrumpiere el normal funcionamiento de los transportes por tierra, agua o aire, los servicios públicos de comunicación telefónica, radiofónica, satelital o electrónica, de provisión de agua, de electricidad o de sustancias energéticas, o resistiere con violencia su restablecimiento, será reprimido con prisión de seis (6) meses a dos (2) años.
2. En caso de impedimento o interrupción de servicios de transporte por tierra, agua o aire, el delito solo se configurará mediante desobediencia a la pertinente intimación judicial.

La Comisión Redactora del Anteproyecto señaló en la Exposición de Motivos que los actuales arts. 194 y 197 tienen una estructura similar, aunque se refieren a servicios diferentes, utilizan verbos cercanos y coincidentes y tienen casi igual pena. Por esa razón se los ha unificado.

Se trata de un delito cuyo bien jurídico es la seguridad pública que se ofende o lesiona a partir de la creación de situaciones que provocan inseguridad para un grupo indeterminado de personas. Debe quedar en claro que no estamos ante un supuesto de seguridad individual, porque en este caso, la acción daría lugar a otros tipos penales que tienen en miras bienes individuales, la libertad, la propiedad, la integridad física, etc.

Es por ello que no puede identificarse el bien jurídico que representa la seguridad pública a partir de la libre circulación de los transportes en un

(18) COMISIÓN PARA LA ELABORACIÓN DEL PROYECTO DE LEY DE REFORMA, ACTUALIZACIÓN E INTEGRACIÓN DEL CÓDIGO PENAL DE LA NACIÓN, *Anteproyecto de Código Penal de la Nación*, [en línea] <http://www.infojus.gob.ar/docs-f/anteproyecto/anteproyecto-codigo-penal.pdf>

supuesto de desobediencia. Por el contrario, debemos acreditar que se afectó la seguridad pública mediante la protesta social que se tradujo en el impedimento, estorbo o entorpecimiento de la libre circulación de los medios de transporte.

Explica Zaffaroni⁽¹⁹⁾ que el art. 194 del actual CP fue introducido con la Reforma de 1967 y remplaceó al original que se refería al levantamiento de rieles. Tener en cuenta el origen de este tipo penal nos permite situarnos concretamente en la posición del legislador cuando alude a la existencia del peligro.

En efecto, en la redacción del tipo penal del Anteproyecto, se mantiene la misma cualidad, es decir, si bien el tipo penal aclara que no tiene que existir un peligro común, ello no quiere decir que no deba existir otra clase de peligro porque, de lo contrario, si no existiera peligro para otros bienes el delito no tendría razón de ser. Para decirlo en otras palabras, si el tipo penal aclara que no tiene que haber peligro común y, además, no resultase necesario que haya peligro para otros bienes jurídicos —como la integridad física o la libertad, por ejemplo— tendríamos que afirmar que el tipo penal sería contrario al artículo 19 de la CN, por cuanto prevé un castigo para acciones que de ningún modo ofenden o lesionan derechos de terceros.

He aquí el primer filtro de tipicidad. Si ante un caso concreto no somos capaces de determinar que más allá de no haber mediado un peligro común tampoco ha existido un peligro concreto para otros bienes y que el acto de protesta se limitó al corte transitorio de las vías de comunicación, deberíamos resolver la cuestión a la luz del principio de insignificancia o ausencia total de lesividad, porque el tipo penal requiere que exista lesión o peligro para bienes jurídicos.⁽²⁰⁾

Se suprimieron como acciones típicas los verbos “estorbar” y “entorpecer” que, al decir de la propia Comisión, ocasionaba demasiadas dificultades a la hora de analizar los casos de los llamados “cortes de ruta”, principalmente en los supuestos de corte parcial o de ocupación transitoria de la vía pública.⁽²¹⁾

(19) Exposición realizada por E. Raúl Zaffaroni el 01/11/2007 en la Facultad de Derecho de la UBA.

(20) Demás está decir que no reúne la calidad de bien jurídico relevante para el derecho penal el derecho “a no llegar tarde”.

(21) COMISIÓN..., *Anteproyecto...*, p. 237.

Las acciones típicas en el Anteproyecto se concentran en dos supuestos: **impedir** e **interrumpir**. Según la Real Academia Española:⁽²²⁾ “impedir” significa imposibilitar la ejecución de algo e “interrumpir” significa cortar la continuidad de algo en el lugar o en el tiempo.

Desde el punto de vista de la descripción típica, la redacción propuesta resulta acorde a los principios de máxima taxatividad legal porque no deja lugar a dudas acerca de cuál es la acción prohibida. Sin embargo, advertimos que la acción debe tener por objeto ir contra el **normal funcionamiento de los transportes o los servicios públicos**. Este requisito objetivo mantiene un déficit importante desde el punto de vista del principio de legalidad porque es un término vago e impreciso.⁽²³⁾ Ello es así porque de la ley no surge el comportamiento esperado y da lugar a que el intérprete de la ley legitime la criminalización de opiniones según criterios subjetivos.

Vistas las acciones típicas desde un punto de vista literal, podemos afirmar, tal y como sostiene De Luca,⁽²⁴⁾ que el tipo penal opera como una trampa “cazabobos”, donde los operadores jurídicos aplicamos un nivel de selectividad insospechado. ¿Ejemplos absurdos? La marcha a Luján que venera a la virgen del catolicismo y que se lleva a cabo dos veces al año, que tiene por objeto la procesión pacífica, expresando su veneración a lo largo de toda la Ruta Nacional 7, sería un supuesto de estas acciones típicas bajo el primer supuesto ya que durante el desarrollo de esta manifestación se **impide**, es decir, se hace imposible la circulación del transporte. Otro ejemplo son los espectáculos públicos que se ubican sobre avenidas principales y que obstruyen parcialmente las calles y avenidas, supuesto de **interrumpir** según la letra de la ley. O también la decisión de repavimentar las calles en horario pico sería un supuesto de **interrupción**. Evidentemente, ninguno de estos ejemplos fueron criminalizados. Sería absurdo pensar que se condena a una cuadrilla de una empresa tercerizada del Gobierno de la Ciudad. Sin embargo, el sentido literal del tipo penal nos obliga a afirmar que serían acciones típicas, desde el punto de vista de la acción que realizan.

(22) REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la Lengua Española*, 22ª ed., 2001, [en línea] <http://www.rae.es/>

(23) Recordemos que el art. 18 CN define el principio de legalidad a partir del cual una ley debe ser previa, escrita y estricta. Este último requisito deriva en que su descripción debe completa y no debe dar lugar a lagunas de interpretación.

(24) DE LUCA, JAVIER AUGUSTO, “Piquetes, un banco de pruebas para el derecho penal”, en AA.VV., *Cuestiones Penales, homenaje al profesor doctor Esteban J.A. Righi*, Bs. As., Ad-Hoc, 2012.

Si pese a ello logramos afirmar la tipicidad objetiva, para completar este filtro deberíamos, también, afirmar la subjetiva. El tipo penal que analizamos es uno de naturaleza dolosa, con lo cual resulta excluyente demostrar que el autor conocía el alcance y consecuencias de su accionar y las quería como parte integrante de su plan. Es decir, quería protestar para expresar su opinión, lesionando o poniendo en peligro bienes de terceros.

Como vemos, muchos de los actos de protesta se quedarán en este estadio, sin que pudiera afirmarse respecto de ellos tipicidad alguna.

Sin embargo, si esto no fuese así, deberíamos pasar al plano de lo que concretamente conocemos como antijuridicidad, debido a que el orden jurídico no se limita a las normas de carácter prohibitivo, sino que también se integran con preceptos permisivos. En este sentido, deberíamos preguntarnos si la acción típica fue producto de un obrar justificado; es decir, si fue producto del legítimo ejercicio de un derecho o si está justificada por haber mediado un estado de necesidad.⁽²⁵⁾ Si lo segundo prevalece por sobre lo primero no habrá antijuridicidad y, por tanto, el hecho típico no configurará un injusto capaz de ser merecedor de reproche alguno.

Cabe acotar que en materia de eximentes, el Anteproyecto, en lo que a la protesta social respecta,⁽²⁶⁾ mantiene la redacción de los supuestos de ejercicio legítimo de un derecho, estado de necesidad y legítima defensa. Con relación al primero de estos supuestos, podemos remitirnos a todo nuestro análisis constitucional en materia de jerarquía de derechos constitucionales. Respecto de las causas de justificación por haber mediado un estado de necesidad debemos analizar dos supuestos: la legítima defensa y el estado de necesidad justificante.

La legítima defensa opera como un supuesto fáctico caracterizado por la existencia de una agresión ilegítima; falta provocación suficiente por parte

(25) Considero necesario aclarar aquí que ubico el supuesto de ejercicio legítimo de un derecho dentro de las causales de justificación porque es de esta manera como la ubica la doctrina clásica al enseñar teoría del delito. Sin embargo, Zaffaroni la ubica dentro del plano de la tipicidad por considerarla complementaria del aspecto subjetivo, con capacidad para anular la tipicidad de cualquier conducta. Ver ZAFFARONI, E. RAÚL; ALAGIA, ALEJANDRO y SLOKAR, ALEJANDRO, *Derecho Penal*, Parte General, Bs. As., Ediar, 2008.

(26) Sostengo esto debido a que se han introducido cambios en materia de violencia doméstica.

del autor, que tiene lugar cuando media una situación de necesidad y donde debe haber un medio lesivo que resulte necesario y sea racional para repeler esa agresión. A partir de aquí existirán supuestos de defensa propia o de terceros.⁽²⁷⁾

En materia de protesta social podemos afirmar que existen casos en los que esta forma de expresión es producto de una sensación de impotencia y hostilidad por parte del Estado que aparece con oídos sordos frente a los reclamos institucionales. De esta manera, cabe preguntarse si, ante situaciones como esta, donde el corte total o parcial de una vía de comunicación que ponga en peligro bienes de terceros podría estar justificada; si se considera al corte, a la protesta, como el remedio más racional y menos lesivo para repeler la agresión estatal, donde el bien que el piquetero intenta proteger es de mayor entidad que aquel cuya lesión ha provocado la protesta.

El estado de necesidad justificante es definido como un supuesto a partir del cual se causa un mal para evitar otro mayor inminente al que ha sido extraño el autor.⁽²⁸⁾ A su vez, debe entenderse por mal a la afectación de un bien jurídico que puede ser del que realiza la conducta típica como de un tercero o incluso del mismo que sufre el mal menor. El requisito es que el mal sea inminente, es decir, que puede producirse en cualquier momento. Por último, el mal causado debe ser menor que aquel que se intenta proteger.

Frente a una protesta social que reclama por un derecho fundamental debemos demostrar que la protesta que causa lesión o peligro a bienes de

(27) Art. 34 CP: No son punibles: (...)

6. El que obrare en defensa propia o de sus derechos, siempre que concurrieren las siguientes circunstancias:

- a) agresión ilegítima;
- b) necesidad racional del medio empleado para impedirla o repelerla;
- c) Falta de provocación suficiente por parte del que se defiende.

Se entenderá que concurren estas circunstancias respecto de aquel que durante la noche rechazare el escalamiento o fractura de los cercados, paredes o entradas de su casa, o departamento habitado o de sus dependencias, cualquiera sea el daño ocasionado al agresor. Igualmente, respecto de aquel que encontrare a un extraño dentro de su hogar, siempre que haya resistencia.

7. El que obrare en defensa de la persona o derechos de otro, siempre que concurren las circunstancias a) y b) del inciso anterior y caso de haber precedido provocación suficiente por parte del agredido, la de que no haya participado en ella el tercero defensor.

(28) Art. 34, inc. 3° CP: "El que causare un mal por evitar otro mayor inminente al que ha sido extraño".

terceros representa el menor de los males que mediante ella se quiere evitar. Aquí el objeto de la protesta toma un carácter trascendental para la determinación de un supuesto de justificación ya que permite diferenciar un reclamo hipotético o formal de un riesgo mayor e inminente. No será lo mismo reclamar por la obtención de mejores ambulancias que garanticen un mejor servicio de salud que aquel reclamo que tenga por objeto alertar de una situación concreta de falta de ambulancias en determinado lugar. No será lo mismo el reclamo por un mejor salario que aquel que tenga por objeto poner de manifiesto el despido arbitrario e injustificado de un sector.

Si logramos atravesar este tercer filtro, es decir, si logramos afirmar que el autor obró típica y antijurídicamente, debemos llegar a un cuarto estadio, determinado por la culpabilidad, es decir, la posibilidad de emitir un juicio de reproche personalizado al autor. Para ello, es necesario establecer que el agente tuvo la posibilidad de comprender el carácter ilícito de la conducta que realizó o si lo hizo bajo un supuesto de necesidad exculpante.

Cuando hablamos de estado de necesidad exculpante nos referimos a supuestos en los que la colisión de bienes son equivalentes,⁽²⁹⁾ por ejemplo, que el reclamo por un despido arbitrario y la imposibilidad de circular libremente que ocasiona una afectación del derecho a la libertad individual. Ante estas situaciones, lo primordial será establecer que el injusto cometido es una necesidad para el autor de manera tal que no pueda exigírsele al autor que obrase de una manera menos lesiva.

En cuanto a la punibilidad, advertimos que la pena establecida en el Anteproyecto es mayor que la prevista en la redacción actual en materia de piquetes, dado que parte de un mínimo legal más alto. Sin embargo, consideramos que ello tiene su razón de ser en la unificación del tipo penal del art. 194 con el tipo penal del art. 197, que tiene previsto el mínimo legal que se fija en el Anteproyecto.

Pero todo nuestro análisis no alcanzará para que emerja la necesidad de imposición de una pena. Deberíamos transitar un filtro más. Porque más allá de todo el análisis del delito desde la estructura de la teoría del delito y pese a que filtro tras filtro concluyamos que la acción es típica, antijurídica

(29) Art. 34, inc. 2° CP: "El que obrare violentado por fuerza física irresistible o amenazas de sufrir un mal grave e inminente".

y culpable, en el Anteproyecto se incluye otro requisito que resulta novedoso a la luz de tipo penal actual.

En efecto, se incorpora como inciso segundo del art. 190 un requisito que calificamos como una condición objetiva de punibilidad, dado que deja supeditada la configuración del delito al supuesto de desobediencia a la pertinente intimación judicial.

La Comisión redactora consideró que el requisito de la pertinente intimación judicial para configurar el delito permitirá “evitar nuevas dificultades y en especial violencias”⁽³⁰⁾ a la hora de imponer pena.

En concreto, se trata del último filtro, una circunstancia externa e independiente del hecho punible. Más allá de la naturaleza jurídica con que se la asigne —análisis que excedería del marco del presente trabajo—, estamos en condiciones de afirmar que, concretamente, opera como un mecanismo reductor de la aplicación del poder punitivo, que se traduce en un requisito objetivo y concreto sin el cual resultará imposible aplicar una sanción penal, sea cual sea el caso que tengamos enfrente.

4 | Conclusiones

Toda protesta social pacífica, que de ningún modo ofenda derechos de terceros, se trata de un supuesto de libertad. Cualquier acto de protesta social que colisione con el ejercicio de otros derechos constitucionales deberá ser analizado de acuerdo a la jerarquía de derechos, reconociendo que la protesta social es una de las formas de libertad de expresión y, como tal, el primer derecho.

Las acciones de protesta social para ser judicializadas deberán superar el estándar fijado por el del principio de lesividad.

Ninguna protesta social podrá ser criminalizada si no supera los estándares establecidos por la dogmática penal en materia de análisis de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad.

No habrá punibilidad si externamente no se acreditase, que pese a haberse afirmado el delito, no ha mediado desobediencia a la autoridad pertinente que intimó el cese de la protesta.

(30) COMISIÓN..., *Anteproyecto...*, p. 237.

El Anteproyecto de Código Penal y la competencia en materia procesal penal del Congreso de la Nación

por **PABLO ERNESTO ROSSI**⁽¹⁾

I | Introducción

Como es sabido, nuestro país eligió para su Constitución un régimen “representativo, republicano y federal” (art. 1° CN). La noción de **federalismo** en nuestro sistema de gobierno no fue objeto de un acuerdo pacífico, sino que —al contrario—, el régimen previsto en nuestra norma fundamental fue el resultado de luchas internas durante casi todo el siglo XIX.

A pesar del modelo declarado por la Constitución, resulta evidente que nuestro país se caracteriza por una fuerte concentración política, económica y demográfica en el área metropolitana de la actual Ciudad Autónoma de Buenos Aires. De hecho, los límites entre las facultades provinciales y las competencias nacionales siguen suscitando algunas tensiones

(1) Abogado. JTP, Facultad de Derecho (UBA). Profesor Adjunto (UAI). Director del Registro de Personas Detenidas de la Procuración General de la Provincia de Buenos Aires.

—felizmente, encausadas en un marco político de civilidad—, sobre todo en aspectos económicos como la autoridad sobre los recursos petroleros y gasíferos, impuestos, y coparticipación, entre otros.

En lo que toca a la materia penal, el diseño constitucional presenta, como veremos, características particulares y distintivas respecto de los modelos adoptados por otros países. En particular, a través del juego de los arts. 75 inc. 12, y 121, la Constitución acuerda al Congreso de la Nación la facultad de dictar —entre otros—, el Código Penal, y reserva a las provincias la facultad de dictar normas de procedimiento. Como consecuencia, a diferencia de lo que ocurre en la mayoría de los países, la Nación tiene a su cargo la legislación de fondo, pero son las provincias las que no sólo dictan el código adjetivo, sino que también deciden autónomamente su organización judicial.

Ello ha dado lugar a muchos debates en nuestro país, sobre todo en lo tocante a normas del Código Penal vigente cuya ubicación como penal o procesal es discutida, como lo es la regulación de la acción penal (art. 71 CP), entre otras disposiciones.⁽²⁾ Cabe advertir aquí, que si bien este tipo de debates tienen relevancia en las provincias, en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires, normalmente no se les presta mayor atención, dado que en la mayoría de los delitos continúan rigiendo disposiciones procesales emanadas del Congreso Nacional.

En el Anteproyecto de Código Penal surgen no solo algunas disposiciones de neto corte procesal (como por ejemplo, la cantidad de días dentro de los cuales el ofendido puede interponer querrela en el art. 42 inc. 5), sino que además, en la regulación de diversos institutos, hace expresa referencia a determinados sujetos y formas procesales —v. gr., “el Juez” (art. 39), “procedimiento contradictorio” (art. 40)—, lo cual lleva a la necesidad de evaluar la constitucionalidad de tales disposiciones y —de ser posible— explorar otras formas de redacción que, respetando el espíritu del Anteproyecto, eviten establecer pautas de orden procesal ajenas a las facultades legislativas del Congreso Nacional.

(2) Entre otros: NÚÑEZ, RICARDO C., *Manual de Derecho Penal. Parte general*, Córdoba, Marcos Lerner Editora Córdoba, 2001 y ZAFFARONI, E. RAÚL, *Tratado de Derecho Penal. Parte general*, t. 1, Bs. As., Ediar, 1980, abordan el tema.

2 | La reserva de las provincias en materia de legislación procesal. Excepciones fundadas en la responsabilidad internacional del Estado argentino

Nuestra Constitución establece la distinción entre competencias sustantivas y adjetivas a través del juego de cuatro artículos:

Cada provincia dictará para sí una Constitución bajo el sistema representativo republicano, de acuerdo con los principios, declaraciones y garantías de la Constitución Nacional; y que asegure su administración de justicia, su régimen municipal, y la educación primaria. Bajo de estas condiciones el Gobierno federal, garante a cada provincia el goce y ejercicio de sus instituciones (art. 5°, el destacado me pertenece);

Las provincias conservan todo el poder no delegado por esta Constitución al Gobierno federal (art. 121);

Las provincias no ejercen el poder delegado a la Nación. No pueden celebrar tratados parciales de carácter político; ni expedir leyes sobre comercio, o navegación interior o exterior; ni establecer aduanas provinciales; ni acuñar moneda; ni establecer bancos con facultades de emitir billetes, sin autorización del Congreso Federal; **ni dictar los Códigos Civil, Comercial, Penal y de Minería, después que el Congreso los haya sancionado**; ni dictar especialmente leyes sobre ciudadanía y naturalización, bancarrotas, falsificación de moneda o documentos del Estado; ni establecer derechos de tonelaje; ni armar buques de guerra o levantar ejércitos, salvo el caso de invasión exterior o de un peligro tan inminente que no admita dilación dando luego cuenta al Gobierno federal; ni nombrar o recibir agentes extranjeros (art. 126, el destacado me pertenece);

Dictar los Códigos Civil, Comercial, **Penal**, de Minería, y del Trabajo y Seguridad Social, en cuerpos unificados o separados, **sin**

que tales códigos alteren las jurisdicciones locales, correspondiendo su aplicación a los tribunales federales o provinciales, según que las cosas o las personas cayeren bajo sus respectivas jurisdicciones (art. 75 inc. 12, el destacado me pertenece).

La pauta general aparece trazada nítidamente: Las provincias han delegado en el Congreso Nacional la sanción de las leyes de fondo; pero se reservaron no solo la sanción de códigos procesales (art. 75 inc. 12 **por omisión**, en función del 121), sino también la organización de su sistema de justicia (art. 5°). Ambas cosas son reversos de la misma moneda, ya que la determinación del procedimiento penal resulta necesariamente complementaria con la definición de los organismos encargados de llevarlo adelante.

Por otra parte, la pauta del art. 121 es clara: la regla es la competencia provincial, y la excepción, la delegación en el gobierno nacional. No obstante, debe tenerse en cuenta que las provincias tienen algunas restricciones para determinar su constitución: deben respetar el sistema representativo republicano, y los principios, declaraciones y garantías de la norma fundamental.

Esta última salvedad —relativa a las **garantías**— va en línea con el último apartado del art. 75 inc. 22. Allí, el constituyente otorga jerarquía constitucional a diversos tratados de derechos humanos, y establece puntualmente que “en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y **deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos**” (el destacado me pertenece).

En consecuencia, el art. 5° de la Constitución no solo impone a las provincias que respeten los derechos y garantías de la parte general: también cabe interpretar que su autonomía se encuentra también limitada, en cuanto deben receptor y respetar las garantías acordadas por los tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional. Esta interpretación del art. 5° se impone, además, no solo por la estructura normativa diseñada en el art. 31,⁽³⁾ sino también —como lo ha expresado ya en diversos

(3) “Esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema de la Nación; y las autoridades de cada provincia están obligadas a conformarse a ella, no obstante cualquiera disposición en contrario que contengan las leyes o constituciones provinciales”.

precedentes la Corte Suprema de Justicia de la Nación—,⁽⁴⁾ por cuanto si una provincia no observara una garantía prevista, por caso, en la Convención Americana de Derechos Humanos, al hacerlo llevaría al Estado Argentino a incurrir en responsabilidad internacional.⁽⁵⁾

Ahora bien, de la circunstancia de que las provincias deban respetar esos derechos y garantías no se deriva, al menos en todos los casos, la necesidad de que la legislación de fondo regule su impacto en materia procesal. Nótese aquí que la interpretación contraria llevaría a que el Código Penal establezca la forma en que se fijará el derecho del imputado a defenderse, a declarar, a un debido proceso legal, lo cual —en la práctica— llevaría al legislador nacional a decidir toda la materia procesal, anulando el sistema de competencias establecido por el constituyente. Cabe considerar, entonces, que como regla general, la normas procesales vinculadas a garantías están reservadas a las provincias, que deben establecer su legislación respetando el orden constitucional nacional; y que sólo como excepción el Congreso Nacional está facultado a dictar normas procesales llamadas a regir en las jurisdicciones locales, en los casos en que la regulación resulta imprescindible para evitar que el Estado Argentino incurra en responsabilidad internacional.

Germán Bidart Campos ha trazado una distinción en estos términos, en relación a la prisión preventiva. En un artículo publicado en *La Ley*, sostiene que

El régimen de la privación de libertad durante el proceso, aun cuando por insertarse en la sustanciación del proceso penal comparte parcialmente su naturaleza procesal, tiene un ligamen tan directo con la libertad personal, con los derechos humanos,

(4) Entre otros, CSJN, “Recurso de hecho deducido por la defensa de Matías Eugenio Casal en la causa Casal, Matías Eugenio y otro s/ robo simple en grado de tentativa —causa N° 1681—”. Sostiene allí la CSJN que “suscita cuestión federal suficiente, toda vez que se debate el alcance otorgado al derecho del imputado a recurrir la sentencia condenatoria consagrada por el art. 8.2.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el art. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que forman parte de la Constitución Nacional, a partir de su inclusión en el art. 75, inc. 22. En virtud de lo antedicho, y hallándose cuestionado el alcance de una garantía de jerarquía de derecho internacional, el tratamiento resulta pertinente por la vía establecida en el art. 14 de la ley 48, puesto que la omisión en su consideración puede comprometer la responsabilidad del Estado argentino frente al orden jurídico supranacional”.

(5) “Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”. ONU, CONVENCION DE VIENA SOBRE EL DERECHO DE LOS TRATADOS, art. 27, U.N. Doc A/CONF.39/27 (1969).

con normas internacionales que desde la reforma de 1994 revisiten la misma jerarquía de la Constitución, que en el reparto competencial de nuestra estructura federal hace prevalecer al derecho sustancial y de fondo sobre el derecho procesal. Queremos, entonces, reiterar algo ya dicho antes (ver nuestro *Manual de la Constitución reformada*, t. III, p. 169, N° 68, Ediar): el régimen de duración y eximición de la prisión preventiva y de la excarcelación durante el proceso debe hacer parte del Código Penal y no de las leyes procesales; por ende, su regulación le ha de incumbir al Congreso y no a las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.⁽⁶⁾

Por su parte, E. R. Zaffaroni —presidente de la Comisión autora del Anteproyecto—, en línea con lo expuesto, sostenía en 1980 que la reserva de competencia procesal en las provincias se encuentra limitada por los tratados suscriptos por la Nación:

Dada nuestra organización constitucional, cabe plantear el problema de la constitucionalidad de estas cuestiones consideradas como de naturaleza procesal penal —y solo formalmente penales—, precisamente por estar legisladas en el Código Penal. Si es verdad que nuestra Constitución reserva nítidamente toda la materia procesal al resorte legislativo provincial, las mismas son obviamente inconstitucionales. Sin embargo, mirando la cuestión con un poco más de fineza, nos percatamos de que esa reserva de la legislación procesal es un principio rector, pero no un límite, al menos en los términos absolutos en que suele pretendérselo. En ninguna parte la Constitución Nacional dice expresamente que las provincias están facultadas para dictar los códigos procesales. Se puede argumentar que, dado que no delega esta facultad en el Congreso Nacional, se la reserva (art. 104 CN). En este juego es donde se halla el error de razonamiento: las provincias no han delegado todas las facultades legislativas procesales, pero tampoco se han reservado todas. No puede pasarse por alto que el gobierno de la Nación, por

(6) BIDART CAMPOS, GERMÁN, "Delito, proceso penal, prisión preventiva y control judicial de constitucionalidad", en *La Ley*, 1999-B, 660, AR/DOC/13981/2001.

ejemplo, pueda celebrar tratados internacionales que incorporen normas procesales al derecho interno.⁽⁷⁾

Adicionalmente, el mismo autor agregaba que en algunos casos, la materia procesal debía ser regulada por el código de fondo para evitar situaciones de desigualdad entre las provincias. Ahora bien, dadas estas dos consideraciones, ¿cómo determinar en qué casos la materia procesal sí estaba reservada a las provincias? Al respecto, agrega Zaffaroni que:

Puede argumentarse que se lesiona también el artículo 16 con la diversidad legislativa en materia excarcelatoria. No obstante, ello no es verdad, porque allí se trata de un modo de hacer efectivo el derecho de “fondo”, en tanto que cuando se extingue o no nace la acción penal, se deja de hacer efectivo ese derecho. En este caso son modalidades de la aplicación, más o menos gravosas, pero que no pueden suprimirse sin alterar las jurisdicciones locales (art. 67 inc. II), y que entran dentro de lo que los constitucionalistas llaman “razonabilidad del principio de igualdad”. En el caso del nacimiento y extinción de la acción, no se trata ya de una modalidad de aplicación, sino de una posibilidad de aplicación; lo que está en juego es la aplicación misma de la norma de fondo y no una forma de aplicarla.⁽⁸⁾

Como puede verse, el autor traza una distinción según el tema procesal determine la posibilidad de aplicar la ley de fondo o solo se refiera a una modalidad de su aplicación. Por supuesto que se trata de un análisis del tema realizado en 1980, es decir, previo a la reforma constitucional de 1994.

En consecuencia, cabe concluir que en materia de competencias legislativas en lo penal, se deben distinguir tres esferas:

- a. Las materias propias de la legislación de fondo (Código Penal), que están delegadas al Congreso de la Nación;
- b. Las de forma (Código Procesal), pero cuya regulación unificada a nivel nacional resulta imprescindible como única forma de garantizar la vigencia de las garantías tanto de la parte general de la Constitución cuanto de los Tratados

(7) ZAFFARONI, E. RAÚL, *Tratado de Derecho Penal. Parte general*, t. 1, Bs. As., Ediar, 1980, p. 197 y ss.

(8) ZAFFARONI, E. RAÚL, *ibid.*, pp. 198/199.

con jerarquía constitucional, buscando siempre que dicha regulación no se introduzca en cuestiones meramente instrumentales;

- c. Las restantes cuestiones de índole procesal, incluyendo aquellas que estén vinculadas a la vigencia de garantías constitucionales, pero respecto de las cuales no resulte imprescindible su regulación unificada a través del Congreso de la Nación.

A continuación, examinaremos los aspectos del Anteproyecto que traen mayores dificultades a la luz de todo lo expuesto, y cuáles son los posibles cambios de redacción que —manteniendo el espíritu general— permitirán superar eventuales escollos de constitucionalidad.

3 | Propuestas de modificación a la redacción del Anteproyecto de Código Penal de la Nación

En función de lo analizado previamente, examinemos el Anteproyecto para determinar si media alguna infracción a la reserva de competencia en materia procesal que la Constitución Nacional acuerda a las provincias.

En primer lugar, surgen del Anteproyecto diversas disposiciones que aluden expresamente al “juez”. Por ejemplo, el segundo inciso del art. 19 dispone: **“Exención de pena y aplicación de la pena por debajo del mínimo.** El juez podrá imponer la pena por debajo del mínimo previsto en la escala conminada, o incluso prescindir de esta, en los siguientes casos...”. Si bien en una primera mirada puede parecer natural que se otorgue esa facultad al “juez”, la disposición implica otorgar una facultad a un actor del proceso e importa, en consecuencia, una disposición de carácter procesal. Me explico: un Código Procesal provincial podría perfectamente disponer que entre el fiscal y el defensor podrán acordar que la pena a imponer sea inferior al mínimo legal en los casos previstos en el art. 19 del Anteproyecto. Sin embargo —de aprobarse tanto el Anteproyecto como esa norma provincial—, podría ocurrir que el juez no acepte ese acuerdo de partes por considerar que el Código de fondo establece que se trata de una facultad discrecional del organismo jurisdiccional. Para evitar ese resultado, el artículo de mención podría ser redactado estableciendo la misma facultad, pero sin establecer que se trata de una facultad del juez. A tal fin, se propone la siguiente redacción: **“Exención de pena y aplicación de la pena por debajo del mínimo. Se**

podrá imponer la pena por debajo del mínimo previsto en la escala conminada, o incluso prescindir de esta, en los siguientes casos...”.

Como puede verse, de seguir esta propuesta la disposición lograría su objetivo —habilitar exención o reducción de pena en determinados casos—, pero sin inmiscuirse en materia procesal reservada a las provincias. Quedaría entonces reservado a los códigos de forma la decisión de si se trata de una facultad exclusivamente jurisdiccional, si podría ser objeto de acuerdo de las partes, o cualquier otro aspecto que, dependiendo de las características de cada jurisdicción, se considere apropiado.

La misma solución podría aplicarse al tercer inciso del art. 19, que en el Anteproyecto está formulado así: **“Aplicación de la pena por debajo del mínimo**. El juez podrá determinar la pena por debajo del mínimo previsto en la escala conminada, en los siguientes casos...”

. Nuevamente, la solución propuesta es eliminar de la redacción la alusión al “juez” y reemplazarla por **“se podrá determinar”** o bien **“podrá determinarse”**.

Lo propio puede decirse de los arts. 30 y 31, que acuerdan al “juez” diversas facultades vinculadas a modalidades de cumplimiento de la pena.

En el art. 20 también encontramos una disposición de orden procesal que presenta dificultades:

Artículo 20. Recursos y límites

1. La determinación de la pena conforme a las pautas de los dos artículos precedentes, será susceptible de revisión en todas las instancias ordinarias y extraordinarias habilitadas respecto de la condenación, de acuerdo con lo que regulen las leyes pertinentes.

No cabe duda de que la materia de recursos es de competencia provincial. Nuevamente el proyecto yerra en adentrarse en esta materia. Supongamos que un Código provincial que solo media recurso de casación respecto de una pena reducida en estos términos. ¿Debería, no obstante, tener habilitado el fiscal un recurso extraordinario ante el Máximo Tribunal provincial porque así lo dispuso la norma de fondo? La determinación de si una pena reducida debería habilitar un resorte extraordinario debería ser provincial, ya que —incluso— afecta la forma en que se organizará la estructura judicial en función de la distribución y programación de tareas asignadas al máximo tribunal local.

A continuación, el art. 32 del Anteproyecto, que dispone lo siguiente:

Artículo 32. Criterio para la determinación de los reemplazos

1. Para determinar los reemplazos del artículo precedente, el juez tendrá en cuenta la capacidad y disposición del penado para asumir seriamente el compromiso de adecuar su conducta a las normas correspondientes y, en particular, para evitar cualquier comportamiento violento.
2. Para evaluar estas circunstancias, el penado y el Ministerio Público podrán ofrecer y el juez requerir de oficio los peritajes o informes que fueren conducentes.
3. Cuando el juez no hiciere lugar al reemplazo, el penado podrá volver a solicitarlo después de un año de la denegatoria firme.

Nuevamente encontramos dificultades asociadas a la presencia de disposiciones de índole estrictamente procesal que —además— no eran necesarias para el logro de los fines de la disposición. Más allá de la alusión al “juez” del primer inciso, el segundo directamente establece que “el penado y el Ministerio Público” podrán ofrecer y “el juez requerir de oficio” los peritajes o informes conducentes.

Que el juez realice actividades de oficio tendientes a obtener elementos de convicción para el reemplazo de una pena por otra más leve no solo es una disposición procesal, sino que además confronta directamente con el sistema acusatorio. Debe notarse aquí que podría ocurrir que un juez requiera un informe contrario a los intereses de la defensa, y que obstaculice el reemplazo de pena por una más leve. ¿No debería ser el Ministerio Público Fiscal quien, en todo caso, se esfuerce en demostrar —si es de su interés—, la inconveniencia del reemplazo por una pena menos gravosa? Cuanto menos, se trata de una decisión que está en línea con el modelo de juzgamiento que se prefiera en cada provincia y, por tanto, de materia procesal no delegada al Congreso de la Nación.

Por otra parte, la referencia exclusiva al Ministerio Público en el segundo inciso tiende a impedir al querellante o particular damnificado que presente elementos de prueba vinculados a la cuestión. De nuevo: el rol del querellante o particular damnificado es materia procesal. Podría encontrarse regulado a nivel nacional solo si se considerase que su participación es

obligatoria en nuestro país en función de derechos acordados por tratados internacionales —posición que no comparto—, pero no hay motivos para que una norma de fondo directamente tome la decisión de excluirlo en una cuestión específica del proceso.

Por último, el artículo establece que el penado podrá volver a solicitar un reemplazo denegado “después de un año de la denegatoria firme”. Aquí hay dos problemas. Por un lado, la norma comete el error de fijar un plazo, siendo que el Código Procesal local podría perfectamente decidirse por un plazo menor y más favorable al imputado. Pero además, deja supeditada esa posibilidad a que se encuentre “firme” la denegatoria. Con lo cual, en una provincia en que las instancias recursivas tengan demoras importantes, el plazo podría extenderse muchísimo más. Una norma procesal podría, por ejemplo, determinar que transcurridos diez meses pueda volver a solicitarse el reemplazo, aun cuando esté en trámite la apelación de la denegatoria anterior, ya que en los términos en los que está planteado el artículo, podría ocurrir que la defensa se abstenga de recurrir una denegatoria al solo efecto de posibilitar insistir con el pedido en un plazo menor. Como puede verse, no solo la norma se inmiscuye indebidamente en materia procesal, sino que —además— lo hace de un modo que puede resultar notoriamente perjudicial para los intereses del condenado.

Para evitar estas dificultades, y tratando de mantener el espíritu de la norma, proponemos la siguiente redacción:

Artículo 32. Criterio para la determinación de los reemplazos

1. Para determinar los reemplazos del artículo precedente, se tendrá en cuenta la capacidad y disposición del penado para asumir seriamente el compromiso de adecuar su conducta a las normas correspondientes y, en particular, para evitar cualquier comportamiento violento.
2. (Eliminado).
3. Cuando no se hiciere lugar al reemplazo, el penado podrá volver a solicitarlo en un plazo razonable que fijará la norma procesal aplicable.

Si hay un tema en el que ha sido extensamente discutida la posibilidad de regulación por el Congreso Nacional, ha sido el de la obligación por parte

del Ministerio Público de ejercer de oficio la acción penal.⁽⁹⁾ El Anteproyecto repite el esquema del actual Código Penal, disponiendo la obligación del Ministerio Público de ejercer de oficio la acción penal pública, aunque incorpora algunos criterios de oportunidad reglados.

Más allá de la cuestión —discutible— de resolver las reglas de oportunidad en el código de fondo, el art. 42 inc. 5° directamente se sumerge en la resolución procesal de los supuestos en que el ofendido no compartala decisión del fiscal. Aquí el Anteproyecto no solo determina cuestiones procesales, sino que hasta dispone el plazo en días que el ofendido tendrá para interponer querella:

Artículo 42. Ejercicio de la acción pública
(...)

5. La persona directamente ofendida podrá interponer querella dentro del término de sesenta días hábiles desde la notificación de la decisión que admitiere el criterio de oportunidad, en cuyo caso la acción se convertirá en privada. Vencido el término, la acción penal quedará extinguida para el autor o partícipe en cuyo favor se aceptó el criterio de oportunidad, salvo el supuesto del apartado a) del inciso 3°, en que los efectos se extenderán a todos los intervinientes.

De nuevo cabe apuntar que, si bien puede argumentarse que el legislador de fondo pueda regular el ejercicio de la acción penal para garantizar la vigencia del Código Penal de modo coherente en todo el territorio, resolver el plazo en días para interponer la querella es un evidente exceso en detrimento de las facultades no delegadas por las provincias.

En los fundamentos del Anteproyecto, la Comisión expresa que “El inciso 5° contiene una disposición procesal que responde al mismo objetivo que se señala en el primer inciso del artículo anterior, o sea, unificar mínimamente la necesidad de garantizar la intervención de la persona directamente ofendida en todo el territorio”. Aún si se comparte esta argumentación, media desproporción entre el objetivo y la pormenorizada regulación resultante.

(9) Un buen resumen de las posiciones encontradas sobre el tema, en YANCARELLI, LUCAS “Enfoque constitucional de la acción penal y el principio de oportunidad”, [en línea] <http://www.terragnijurista.com.ar/doctrina/enfoque.htm>

Por otra parte, la regulación que establece que la conciliación o acuerdo de partes no está permitida en los casos de delitos violentos contra las personas (art. 42.3.d), es muy discutible. Al menos en la provincia de Buenos Aires, muchísimos conflictos de vecindad pueden llegar a violencia física entre las personas, y no sólo son casos en que es posible llegar a acuerdos víctima/ofensor, sino que son —precisamente— casos en los que debería evaluarse seriamente la posibilidad de una mediación.

Idéntico reproche merece la decisión de que la acción solo puede disponerse o ser desistida “antes de la fijación de fecha para el debate oral” (art. 42.3). ¿Y si precisamente surge en el marco del debate que las consecuencias del delito para el imputado han sido muy gravosas? Aquí el Anteproyecto yerra una vez más al establecer una limitación innecesaria para la vigencia de las garantías constitucionales y que perfectamente podría haber dejado a criterio del legislador local.

Es que, justamente, si las provincias se han reservado la facultad de disponer su propio procedimiento, es para posibilitar organizar un sistema de justicia acorde con sus realidades y necesidades. La República Argentina tiene una superficie de casi tres millones de km². Considerar que los conflictos penales pueden abordarse con la misma lógica en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y en Tierra del Fuego no solo es un acto de soberbia, sino que además implica denegar a los ciudadanos de cada localidad el derecho a construir democráticamente el sistema de justicia que mejor responda a sus circunstancias, derecho que, por cierto, la Constitución Nacional les reconoce expresamente. En ese sentido, la crítica de Zaffaroni⁽¹⁰⁾ pasa por alto que la igualdad es tal en parejas circunstancias, y estas cambian, precisamente, de un lado o de otro del río. No hay “iguales circunstancias” en los distintos lugares del país. No se trata, además, de que una acción no “pueda” ser perseguida: sino de que cada provincia determine por sí misma de qué manera y con qué criterios establece su política criminal.

(10) “Es de toda evidencia que, cuando en iguales circunstancias alguien comete una conducta prohibida y penada por la misma norma, por el hecho de estar a un lado de un río no pueda ser judicialmente perseguido, en tanto que lo sea del otro lado, en razón de que la acción penal no sea pública de este y lo sea de aquel, sin que ello implique una franca y abierta violación al principio de igualdad ante la ley”, ZAFFARONI, E. RAÚL, *op. cit.*, p. 195.

Proponemos, en consecuencia, la siguiente redacción:

Artículo 42. Ejercicio de la acción pública

1. Las acciones penales son públicas o privadas. El Ministerio Público Fiscal deberá ejercer, de oficio, la acción penal pública, salvo en los casos en que fuere necesaria la instancia de la persona directamente ofendida por el delito.
2. También podrá ejercerla la persona directamente ofendida en las condiciones establecidas por las leyes procesales.
3. No obstante, el Ministerio Público Fiscal podrá fundadamente no promover la acción o desistir de la promovida, en los casos y según las previsiones que disponga la normativa procesal aplicable.

Continuando el análisis, la regulación de la suspensión de juicio a prueba presenta los mismos obstáculos que los artículos precedentes. El art. 45 del Anteproyecto expresa:

Artículo 45. Suspensión del proceso a prueba

1. El imputado de uno o más delitos, a quien en el caso concreto no se le hubiere de imponer una pena de prisión superior a tres años, que no hubiere sido condenado a pena de prisión o que la hubiere sufrido como condenado en los cinco años anteriores a la comisión del hecho, ni hubiere gozado de una suspensión en igual término, podrá solicitar hasta la fijación de la fecha de la audiencia del debate la suspensión del juicio a prueba.
2. Del pedido, previa vista a la persona directamente ofendida, deberá requerirse la opinión del representante del Ministerio Público Fiscal.

Aquí, de nuevo, se regula un aspecto puramente procesal del instituto ("hasta la fijación de la fecha de la audiencia del debate"). Supongamos que un Código Procesal regulara que en los supuestos de delito flagrante, la Oficina de Gestión de Audiencias⁽¹¹⁾ deberá sortear durante

(11) Organismo dependiente de las Cámaras de Apelaciones que regula y ordena las audiencias orales, presente en algunos sistemas judiciales como el de la Provincia de Buenos Aires.

la etapa preliminar tanto el organismo que intervendrá en el juicio como la fecha tentativa de debate. Automáticamente, a partir de ese momento, resultaría imposible la suspensión de juicio a prueba. Ocurre que el Anteproyecto trae aquí una disposición razonable desde la óptica del Código de Procedimientos que rige en la Ciudad de Buenos Aires, pero ignorando —una vez más— que hay otros 23 ordenamientos procesales en nuestro territorio y cada uno tiene sus particularidades; además de que, como regla general, son bastante más avanzados y respetuosos del sistema acusatorio que el vigente en el ámbito de la Nación.

Por otra parte, la regulación establece que el Juez podrá otorgar la suspensión de juicio a prueba, aun cuando medie oposición del Ministerio Público Fiscal. Más allá de las opiniones que cada uno pueda tener sobre el asunto, las normas relativas a la intervención del Ministerio Público constituyen normativa de orden claramente procesal. Los fundamentos del Anteproyecto no hacen ninguna referencia a esta cuestión, a pesar de la expresa referencia en el actual art. 76 *bis* al consentimiento Fiscal.

Si se considera que los criterios de continuación —o no— de un proceso penal, y el otorgamiento de alternativas, es una materia central de definición de política criminal, parece razonable considerar la posibilidad de que la intervención del Ministerio Público Fiscal supere la mera opinión; dejando la opción abierta a decisión de cada jurisdicción.

En consecuencia, la redacción podría modificarse por la siguiente propuesta:

Artículo 45. Suspensión del proceso a prueba

1. El imputado de uno o más delitos, a quien en el caso concreto no se le hubiere de imponer una pena de prisión superior a tres años, que no hubiere sido condenado a pena de prisión o que la hubiere sufrido como condenado en los cinco años anteriores a la comisión del hecho, ni hubiere gozado de una suspensión en igual término, podrá solicitar la suspensión del juicio a prueba.

2. El pedido tramitará conforme lo disponga la norma procesal aplicable.

4 | Conclusión

El Anteproyecto representa, probablemente, el intento más acabado por realizar un Código Penal unificado y modelo para la República Argentina. Tanto la amplia representación política de la Comisión, como el tiempo de dedicación y el notable nivel técnico del Anteproyecto lo convierten en una referencia indispensable a nivel latinoamericano y una propuesta superadora en todo sentido respecto de la legislación actual, fragmentada en interminables leyes especiales y deshilachada en su lógica sistemática por las sucesivas reformas populistas ocurridas en los últimos años.

En algunos casos, el Anteproyecto presenta disposiciones de corte procesal porque la Comisión entendió que resultaba necesario brindar una regulación unificada a nivel nacional. Pero otras normas, incluso en algunos casos de modo casi distraído, se introducen sutilmente en aspectos procesales sin que ello fuera necesario para el logro de los objetivos de cada disposición.

En consecuencia, más allá de la discusión de fondo sobre la constitucionalidad de disponer normas procesales en el ámbito de la legislación sustantiva, resultará útil revisar la redacción del Anteproyecto en estos aspectos, y evitar así eventuales obstáculos y discusiones en su aplicación que no se derivan de una posición de fondo sobre los distintos temas abordados, sino de meras elecciones de redacción que pueden mejorarse.

Prisión domiciliaria para personas con hijos a su cargo sin distinción de sexo o género

Comentarios a la legislación actual y al último Anteproyecto de Código Penal⁽¹⁾

por **RAMIRO JAVIER RUA**⁽²⁾

I | Resumen

El deber de propiciar y tutelar el interés superior del niño a ser criado por sus progenitores/as en el seno de una familia, el reconocimiento institucional de las parejas homosexuales, la igualdad de género y el creciente interés político por asegurar la plena igualdad entre las personas con independencia de su sexo o de su género impone la necesidad de rever las normas y las condiciones que regulan la prisión domiciliaria para comprender a los padres —*lato sensu*— con hijos a su cargo, independientemente

.....

(1) Primer premio del Concurso de Ponencias sobre Ejecución Penal 2014, Congreso de Derecho de Ejecución Penal, organizado por el Centro de Estudios de Ejecución Penal (CEEP) y celebrado los días 9 y 10 de junio de 2014 en la Facultad de Derecho de la UBA.

(2) Abogado (UBA). Docente de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (UBA). Secretario de Primera Instancia de la Defensoría General de la Nación.

de su género, y no solo para las mujeres como ocurre en la actualidad. En el trabajo se analiza la legislación actual que reclama una pronta modificación y se critica el reciente proyecto de reforma integral al Código Penal⁽³⁾ que las introduce, aunque insuficientemente, a partir de su cotejo con los principios contenidos en diversos Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos (IIDH).

2 | Aproximaciones a un conflicto desatendido

La temática aquí tratada constituye un área relegada de las estadísticas, informes e investigaciones sobre el sistema penitenciario, en los que suelen enfocarse cuestiones relacionadas con la conformación de la población carcelaria o el estado de las prisiones.

Tal olvido impide contar con datos duros que permitan conocer con mediana exactitud el fenómeno analizado, por lo que se ensayarán algunos cálculos para determinar un número aproximado de padres en prisión con hijos/as a su cargo en la Argentina. Lamentablemente no podrá arriesgarse un número en relación a la sexualidad del progenitor, ya que la información disponible no contempla las elecciones sexuales ni el género de la persona. Tampoco las estadísticas nacionales permiten conocer la cantidad de familias monoparentales en las que el/la progenitor/a reviste la condición sexual de gay, lesbiana o transexual. Tal distinción carecería de relevancia si la terminología de la ley no efectuara distinciones en base al sexo, como ocurre en la actualidad y no fue superado en el reciente proyecto de reforma.

Según informes oficiales,⁽⁴⁾ para el año 2012 en el ámbito federal se registraba un total de 62.263 personas privadas de su libertad, esto es 150,2 presos cada 100.00 habitantes. El 95 por ciento de dicha población es masculina (58.338 personas). La franja entre los 18 y 34 años de edad, que suele

(3) COMISIÓN PARA LA ELABORACIÓN DEL PROYECTO DE LEY DE REFORMA, ACTUALIZACIÓN E INTEGRACIÓN DEL CÓDIGO PENAL DE LA NACIÓN, *Anteproyecto de Código Penal de la Nación*, [en línea] <http://www.infojus.gov.ar/docs-f/anteproyecto/anteproyecto-codigo-penal.pdf>

(4) Sistema Nacional de Estadística sobre Ejecución de la Pena. Informe Anual 2012, Dirección Nacional de Política Criminal en Materia de Justicia y Legislación Penal, Subsecretaría de Política Criminal, Secretaría de Justicia, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la República Argentina, [en línea] <http://www.infojus.gov.ar/sneep>

registrar la mayor cantidad de nacimientos, representa el 64 por ciento de la población penitenciaria (38.988 personas, entre hombres y mujeres). Este porcentaje aplicado a la cantidad de hombres presos en dicho margen de edad, es decir el 64% de 58.338, permite establecer que un total de 37.336,32 hombres entre 18 y 34 años de edad están presos, esto es el 59,95 por ciento de la población penitenciaria total.

Al multiplicar este dato por la proyección de la tasa de fecundidad que informa el Instituto Nacional de Estadística y Censo (INDEC) para el año 2015 (2,28 hijos/as por mujer)⁽⁵⁾ puede concluirse que existe un total de 85.126,80 niños/as que tienen a su padre en prisión.

Sin embargo, si el objetivo es establecer cuántos de estos tienen hijos/as a su cargo, debe dividirse ese resultado por el porcentaje de hogares monoparentales donde el hombre es cabeza de familia. Para el año 2006 —a falta de otros datos más actuales—⁽⁶⁾ era de 2,5 por ciento, por lo cual existirían 2128,17 niños/as cuyo padre se encuentra en prisión.

Esa es la cantidad de hijos/as con padres cabeza de familia privados de libertad que carecen de la posibilidad, legal o material, de permanecer junto a ellos/as en prisión o en su domicilio gracias a una prisión domiciliaria. Pese a que no se trataría de un número elevado de padres, no por ello debe hacerse oídos sordos a esta realidad ni impresiona un parámetro discriminatorio válido al momento de implementar políticas penitenciarias que tengan en consideración los derechos de los progenitores/as y de los/las niños/as.

El entrecruzamiento de datos llama la atención sobre la dimensión de un conflicto que demanda una pronta y seria investigación que, de adquirir fuerza de ley el Anteproyecto con la reforma aquí propiciada, resultaría imprescindible.

Con este objetivo, en primer término se explicarán los efectos que provoca en los/las niños/as el encarcelamiento de uno de sus progenitores/as. Luego se analizarán los principios y normas contempladas en los IIDH que

(5) INDEC, [en línea] http://www.indec.mecon.ar/principal.asp?id_tema=165

(6) PANTELIDES, EDITH y MORENO, MARTÍN J. (coords.), *Situación de la población en Argentina*, Bs. As., Programa Naciones Unidas para el Desarrollo - PNUD - UNFPA, 2009, cuadro 12, p. 140, [en línea] <http://unfpa.org/psa/wp-content/uploads/2012/11/Argentina-Situacion-de-la-Poblacion-en-la-Argentina.pdf>

sustentan la viabilidad de la detención domiciliaria para los padres y se concluirá con algunos comentarios que merece el documento analizado en vistas a su futura discusión parlamentaria.

3 | Efectos que causa sobre los niños el encarcelamiento de uno de sus progenitores

Con la privación de la libertad de uno de los/las progenitores/as se produce, en general, el desmembramiento familiar⁽⁷⁾ quedando los/las hijos/as al cuidado de familiares lejanos, amigos o del Estado. Esta fractura⁽⁸⁾ puede incidir en su formación forzándolos a adaptarse a nuevas formas de convivencia que impactan en su esfera psicológica, incidiendo en su desarrollo y comportamientos sociales. En cuanto a los efectos que se producen según el género del progenitor/a encarcelado/a se ha mencionado:

(7) Esta lejanía se ve reflejada nítidamente en las escasas visitas que reciben. Así, se ha dicho: "Las visitas se ven limitadas por muchos factores, entre otros: la distancia geográfica, el transporte y las barreras económicas, la falta de contextos para recibir visitas aptos para niños/as, el trato duro e irrespetuoso por parte de los custodios y, en general, todo lo que exige una visita en términos de tiempo y emocionalmente para niños/as y progenitores. No obstante, hay algunas evidencias que muestran que es más difícil para los niños y niñas mantener contacto con un padre encarcelado que con una madre encarcelada", en ROSENBERG, JENNIFER, *La niñez también necesita de su papá: hijos e hijas de padres encarcelados*, en Quaker United Nations Office (QUNO), septiembre 2008, [en línea] http://www.quno.org/sites/default/files/resources/ESPAN%CC%83OL_Children%20need%20dads%20too.pdf

(8) "Un primer dato categórico para dimensionar el impacto que provoca el encarcelamiento de la madre en la familia, en particular en sus hijos menores de 18 años, es que en 4 de cada 10 casos se provocó el desmembramiento del grupo familiar. En efecto, el 39,3% de las encuestadas respondió que, tras su detención, sus hijos menores de 18 años interrumpieron la convivencia entre ellos. Esto significa que en un elevado porcentaje la detención de la madre provoca no solo la ruptura del vínculo materno, sino también la separación o dispersión de los hermanos entre diversos cuidadores y la consiguiente ruptura de sus vínculos sociales", en CELS, MINISTERIO PÚBLICO DE LA DEFENSA DE LA NACIÓN, PROCURACIÓN PENITENCIARIA DE LA NACIÓN (comps.), *Mujeres en prisión. Los alcances del castigo*, Bs. As., Siglo Veintiuno Editores, 2011, p. 155. "Es evidente que el encarcelamiento de la madre provoca la interrupción del vínculo filial con las hijas e hijos menores que superan los cuatro años de edad o con las hijas o hijos menores de esa edad que, por diversas razones, no permanecen junto con su madre en el establecimiento carcelario. Pero, además, muchas veces repercute en el desmembramiento de la familia, pues por razones económicas, de responsabilidades o de organización, los hermanos pueden cesar también en la convivencia. Incluso, ante la ausencia de personas del entorno familiar que puedan asumir el cuidado de las niñas y niños, ellos pueden ser institucionalizados", en DEFENSORÍA GENERAL DE LA NACIÓN, *Mujeres privadas de libertad. Limitaciones al encarcelamiento de las mujeres embarazadas o con hijas/os menores de edad*, Bs. As., Defensoría General de la Nación, 2009, p. 26.

Se encontró una correlación entre el género del progenitor encarcelado y el tipo de conducta manifestada por los niños y niñas. La ausencia del padre está más asociada a un comportamiento expresado hacia el exterior (como: hostilidad, consumir drogas o alcohol, huir de casa, faltar a clases, problemas de disciplina, actos agresivos y participar en actividades delictivas). La ausencia de la madre tiende a dar una conducta manifestada hacia el interior (más relacionada con la 'introversión' como: soñar despierto, no querer jugar, miedo a ir a la escuela, baja en el trabajo escolar, ser altamente emotivo y tener pesadillas).⁽⁹⁾

Al perderse los ingresos del recluso, el presupuesto [familiar] se encoge y además, se complica por los nuevos gastos asociados con el encarcelamiento, como; enviar dinero al reo y los costos de las llamadas y visitas. Es posible que las deudas se acumulen debido al desajuste económico y a la presión de no contar con los ingresos adecuados. Muchas familias quedan a merced de la beneficencia, que no cubrirá bien su situación.⁽¹⁰⁾

Además, se produce una pauperización en la imagen de autoridad de los ascendientes⁽¹¹⁾ como transmisores de pautas morales, éticas y sociales, quienes quedan desacreditados ante su descendencia.⁽¹²⁾ Finalmente, los/las niños/as quedan expuestos a un proceso de estigmatización social que los coloca en situación de vulnerabilidad que puede traducirse, en un futuro, en conductas socialmente desajustadas.⁽¹³⁾

(9) ROSENBERG, JENNIFER, *op. cit.*, p. 17.

(10) ROSENBERG, JENNIFER, *ibid.*, p. 16.

(11) "El encarcelamiento es una interrupción significativa del proceso de confirmación de identidad de padre que puede, en consecuencia, afectar las relaciones familiares", *ibid.*

(12) "La incapacidad de desempeñar lo que se considera un papel normal de padre puede propiciar un intercambio de roles entre padre e hijo/a. Si los niños y niñas sienten que tiene más poder que sus progenitores, ellos pueden volverse 'como padres o madres', lo que puede provocarles confusión y miedo (...) El encarcelamiento es una interrupción significativa del proceso de confirmación de identidad de padre que puede, en consecuencia, afectar las relaciones familiares", *ibid.*

(13) "... tras el encarcelamiento de un progenitor siempre prevalece un sentimiento de pérdida, pero como un mayor estigma y en general con menor apoyo por parte de los cuidadores, maestros y otras personas. Los estudios refieren que los hijos de personas privadas de libertad son discriminados y estigmatizados, y sufren traumas, miedos, vergüenza, culpa y baja autoestima. Muchos niños comienzan a presentar problemas de salud física y psicológica, y

4 | Principios y normas que hacen viable actualmente la detención domiciliaria para los padres

4.1 | Principio de coparentalidad o corresponsabilidad

Aun cuando no es contemplado habitualmente como principio regulador en la materia, el valor que se le asigna a la familia y a la educación de los/las hijos/as por parte de sus “padres” como elemento constitutivo de la sociedad mediante su función transmisora de valores y pautas socialmente compartidas en un momento histórico y en un lugar determinado; sumado a que la participación en la formación y desarrollo de los/las niños/as atañe a ambos progenitores/as por igual, permiten sustentar que el principio de coparentalidad o corresponsabilidad constituye un axioma que debe guiar la sanción, interpretación y aplicación de las normas que contemplen o intervengan en dicha relación filial. En las sociedades actuales los “roles” tradicionales que asignaban exclusivamente a la madre la crianza han ido mutando hacia una “coparentalidad” o “corresponsabilidad” que torna difusos los roles “masculinos” y “femeninos” equiparando la responsabilidad en la educación y desarrollo de los/las hijos/as en ambos progenitores/as. Ellos deben compartir y asumir el cuidado personal de su descendencia, aun cuando se trate de familias desavenidas o ensambladas y con progenitores/as del mismo o distinto sexo, ejerciendo en común la patria potestad.⁽¹⁴⁾

Así, la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) establece: “Los Estados Partes velarán porque el niño no sea separado de sus padres contra

comportamientos regresivos, su desempeño en la escuela empeora y manifiestan tendencias agresivas o antisociales. Algunos de los problemas detectados son cambios en los patrones de sueño o de alimentación, estrés, depresión, síntomas de trastorno de estrés posttraumático, hiperactividad, comportamiento agresivo, retraimiento, regresión, comportamiento dependiente o irresponsable, bajo rendimiento escolar, etc.”, en CELS, MINISTERIO PÚBLICO DE LA DEFENSA DE LA NACIÓN, PROCURACIÓN PENITENCIARIA DE LA NACIÓN, *op. cit.*, p. 164.

(14) Vélez Sarsfield, en su *Proyecto de Código Civil para la República Argentina*, postulaba que “la patria potestad es el conjunto de los derechos que las leyes conceden a los padres desde la concepción de los hijos legítimos, en las personas y bienes de dichos hijos, mientras sean menores de edad y no estén emancipados”.

la voluntad de estos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño..." (art. 9º, inc. 1º) y "Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño" (art. 9º, inc. 3º).

También su art. 18, inc. 1º, señala: "Los Estados Partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Incumbirá a los padres, o en su caso a los representantes legales, la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño".⁽¹⁵⁾

El art. 16, inc. d) de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer⁽¹⁶⁾ y el art. 17, inc. 4º, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH)⁽¹⁷⁾ comprenden, por igual, a la "mujer" y al "hombre" en la crianza. Son ellos los principales obligados a proveerles, según los recursos económicos a su alcance, lo necesario para su mejor desarrollo.⁽¹⁸⁾ Por ende, el/la niño/a solo podrá ser separado de su

(15) Inclusive, la Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina dijo: "No existe en la Convención sobre los Derechos del Niño preeminencia alguna a favor de uno de los padres —en el caso, a los efectos de la tenencia—, a punto tal que su art. 18 dispone el compromiso del Estado de garantizar la responsabilidad de ambos progenitores en la crianza y el desarrollo del hijo" (CSJN, "M. D. H. c/ M. B. M. F.", 29/04/2008, LL 2008-C-540, voto del Dr. Zaffaroni).

(16) "Los Estados parte (...) asegurarán, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres: (...) d) Los mismos derechos y responsabilidades como progenitores, cualquiera que sea su estado civil, en materias relacionadas con sus hijos; en todos los casos los intereses de los hijos serán la consideración primordial".

(17) "Los Estados parte deben tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria a los hijos, sobre la base única del interés y conveniencia de ellos".

(18) Recuérdese que: "La familia debe proporcionar la mejor protección de los niños contra el abuso, el descuido y la explotación. Y el Estado se halla obligado no solo a disponer y ejecutar directamente medidas de protección de los niños sino también a favorecer, de la manera más amplia, el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar", en CORTE IDH, OC 17/2002.

núcleo familiar cuando no pueda garantizársele las condiciones suficientes de bienestar y estabilidad, y siempre por el menor tiempo posible.⁽¹⁹⁾

En el ámbito nacional, la ley 26.061 estipula que: “El padre y la madre tienen responsabilidades y obligaciones comunes e iguales en lo que respecta al cuidado, desarrollo y educación integral de sus hijos”⁽²⁰⁾ y que “las medidas que conforman la protección integral se extenderán a la madre y al padre durante el embarazo, el parto y al período de lactancia, garantizando condiciones dignas y equitativas para el adecuado desarrollo de su embarazo y la crianza de su hijo”.⁽²¹⁾ El Estado argentino reconoce, así, la importancia de los/las dos progenitores/as en el cuidado y desarrollo de los/las hijos/as, relegando criterios basados en estereotipos contruïdos a partir del mito biologicista del “instinto materno” que —si bien evidentemente perdura en el imaginario social— ha sido desterrado casi por completo del pensamiento sociológico, antropológico y psicoanalítico.⁽²²⁾

4.2 | El interés superior del niño

El Comité de los Derechos del Niño en la Observación General 14/2013 define este interés superior como un principio de consideración primordial al momento de tomar una decisión que involucre a los/las niños/as (aspecto sustantivo). Por lo que ante la posibilidad de más de una posible interpretación debe adoptarse la que satisfaga de mejor manera los derechos consagrados en la CDN (aspecto interpretativo) y que repercuta lo menor posible en sus derechos,⁽²³⁾ asentando expresamente el razonamiento efectuado.⁽²⁴⁾

(19) Al respecto: arts. 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), 10 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 17 de la CADH y 16 de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

(20) Art. 7°.

(21) Art. 18.

(22) GIL DOMÍNGUEZ, ANDRÉS; FAMÁ, MA. VICTORIA y HERRERA, MARISA, *Ley de Protección Integral de niñas, niños y adolescentes. Derecho Constitucional de Familia. Comentada, Anotada y Concordada*, Bs. As., Ediar, 2007, p. 148.

(23) En igual sentido, el art. 3.1 CDN: “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”.

(24) El Comité señala: “En este sentido, los Estados partes deberán explicar cómo se ha respetado este derecho en la decisión, es decir, qué se ha considerado que atendía al interés

Este factor de análisis es prioritario pues la decisión que se adopte afectará la vida del niño/a, tal como se plasmó en la resolución 19/37 del Consejo de Derechos Humanos cuando exhorta a los Estado a que:

a) Se dé prioridad, al dictar condena o tomar una decisión sobre medidas preventivas aplicables a una mujer embarazada o a una persona que sea la única o la principal encargada del cuidado de un niño, a las medidas no privativas de la libertad, con arreglo a la gravedad del delito y teniendo en cuenta el interés superior del niño; b) Se aseguren de que el interés superior del niño sea una consideración primordial al examinar la cuestión de si los hijos de madres recluidas deben estar con estas en prisión, y durante cuánto tiempo, haciendo hincapié en la responsabilidad del Estado de ocuparse adecuadamente de las mujeres encarceladas y sus hijos; y por ende es un sujeto interesado, debiendo primar el interés de este último. Y sea cual fuere la decisión que se adopte deberán hacerse explícitos los motivos que llevaron a los funcionarios a sustentar que el fallo recaído es el que asegura de mejor modo el interés superior del niño/a (...) d) Reconozcan, promuevan y protejan los derechos del niño afectado por la reclusión de sus padres, en particular el derecho a que su interés superior se incluya como cuestión importante en las decisiones relativas a la relación de uno o de ambos progenitores con el sistema de justicia penal, así como el derecho a no sufrir discriminación a causa de los actos cometidos o presuntamente cometidos por uno o ambos de sus progenitores.

Actualmente, la ley 26.061 comprende como interés superior del niño "... la máxima satisfacción integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley",⁽²⁵⁾ entre los que se encuentra el derecho a la vida, dignidad, integridad, identidad, salud, educación, trabajo y seguridad social, entre otros.⁽²⁶⁾ El proyecto contempla expresamente este precepto en la parte final de los arts. 30 y 33.

superior del niño, en qué criterios se ha basado la decisión y cómo se han ponderado los intereses del niño frente a otras consideraciones, ya se trate de cuestiones normativas generales o de casos concretos".

(25) Art. 3°.

(26) La CSJN, al momento de definir este principio, señaló: "El primordial interés del niño que la Convención sobre los Derechos del Niño —art. 3.1— impone a toda autoridad nacional en los

4.3 | Principio de intrascendencia o de trascendencia mínima a los terceros

La pena no debe trascender a los terceros⁽²⁷⁾ y ello requiere especial atención en el caso de padres con hijos/as menores, pues ya se apuntó que la pena influye decididamente en su formación. Resulta prioritario que se disminuyan los efectos perniciosos del encarcelamiento de un/una progenitor/a y que se aseguren los recursos para evitar o disminuir el riesgo de desviaciones en el crecimiento de los/las niños/as. Por ende, toda medida alternativa a la prisión permite disminuir los efectos perniciosos en los/las niños/as, quienes no son destinatarios de la sanción, y evitarles sufrir tangencialmente el “castigo” impuesto a sus progenitores/as. En el art. 1.2.d del Anteproyecto se establece el principio comentado.⁽²⁸⁾

4.4 | Principio de igualdad⁽²⁹⁾

No existe razón para discriminar la procedencia del derecho en base al sexo del progenitor/a. Madres y padres se encuentran en una situación de igualdad jurídica.

.....

asuntos concernientes a la infancia estriba en satisfacer las necesidades de aquel del mejor modo posible para la formación de su personalidad” (“S., C. s/ Adopción”, 02/08/2005, voto de los dres. Petracchi, Belluscio y Maqueda), “... esta regla jurídica que ordena sobre poner el interés superior del niño a cualesquiera otras consideraciones tiene, al menos en el plano de la función judicial donde se dirimen controversias, el efecto de separar conceptualmente aquel interés del niño como sujeto de derecho de los intereses de otros sujetos individuales o colectivos, incluso, llegando el caso, el de los padres. Por lo tanto, la coincidencia entre uno y otro interés ya no será algo lógicamente necesario, sino una situación normal y regular pero contingente que, ante el conflicto, exigirá justificación puntual en cada caso concreto. Así, en una controversia entre progenitores y adoptantes acerca de lo que más conviene al interés del niño, la premisa de que es mejor para este último la convivencia con los primeros no puede ser tomada como una verdad autoevidente. Hacerlo no solo es una petición del principio, sino también un desconocimiento del principio jurídico supra legal que marca la independencia conceptual del interés superior del niño respecto de toda otra persona” (“S., C. s/ Adopción”, fallo cit., voto de los Dres. Fayt, Zaffaroni y Argibay).

(27) Ver ZAFFARONI, E. RAÚL, ALAGIA, ALEJANDRO Y SLOKAR, ALEJANDRO, *Derecho penal. Parte General*, 2ª ed., Bs. As., Ediar, 2011, p. 131. El art. 5º CDH reza: “La pena no puede trascender de la persona del delincuente”.

(28) “Se evitará o atenuará toda pena que por las circunstancias del caso concreto resultare inhumana, trascendiere gravemente a terceros inocentes o fuere notoriamente desproporcionada con la lesión y la culpabilidad por el hecho”. El art. 5º CDH reza: “La pena no puede trascender de la persona del delincuente”.

(29) “La igualdad es una noción básica para el estado de derecho. Este carácter trascendente de la igualdad está dado, más que nada, por constituir un mecanismo de legitimación con-

Este principio *ius cogens*,⁽³⁰⁾ receptado en el art. 26 del PIDCP,⁽³¹⁾ 1° y 24 de la CADH,⁽³²⁾ 2° de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre,⁽³³⁾ 1° y 2° de la Declaración Universal de Derechos Humanos⁽³⁴⁾ y 6° de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano,⁽³⁵⁾ impide establecer excepciones o privilegios que excluyan a unos los que

dicionante de todo orden jurídico. La igualdad y sus más diversas manifestaciones —junto a la razonabilidad— son nociones omnipresentes en todo el sistema jurídico, a punto tal que su exclusión significa la censura de aquel; solo se admite un sistema igualitario y razonable, todos los derechos deben ejercerse en igualdad de condiciones, del mismo modo que toda reglamentación a los derechos debe ser razonable, etcétera”, PIZZOLO, CALÓGENO, “La noción de igualdad en el bloque de constitucionalidad federal”, en *A 10 años de la Reforma de la Constitución Nacional*, Córdoba, Advocatus, Asociación Argentina de Derecho Constitucional, 2005, p. 349.

(30) Al respecto, ver CORTE IDH, “Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile” (Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia de 24 de febrero de 2012, párr. 79; “Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados”, OC 18/2003, 17 de septiembre de 2003, párr. 101; “Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay” (Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia de 24 de agosto de 2010, párr. 269.

(31) “Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

(32) Art. 1°: “1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. 2. Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano” y art. 24: “Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley”, respectivamente.

(33) “Todas las personas son iguales ante la ley y tienen los derechos y deberes consagrados en esta declaración sin distinción de raza, sexo, idioma, credo ni otra alguna”.

(34) “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros” y “Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición. Además, no se hará distinción alguna fundada en la condición política, jurídica o internacional del país o territorio de cuya jurisdicción dependa una persona, tanto si se trata de un país independiente, como de un territorio bajo administración fiduciaria, no autónomo o sometido a cualquier otra limitación de soberanía”, respectivamente.

(35) “La ley es la expresión de la voluntad general. Todos los ciudadanos tienen derecho a contribuir a su elaboración, personalmente o por medio de sus representantes. Debe ser la misma para todos, ya sea que proteja o que sancione. Como todos los ciudadanos son iguales ante ella, todos son igualmente admisibles en toda dignidad, cargo o empleo públicos, según sus capacidades y sin otra distinción que la de sus virtudes y sus talentos”.

se le concede a otros en iguales circunstancias y no tolera distinciones irrazonables.⁽³⁶⁾

El Anteproyecto sanea parcialmente la omisión actual que impide, salvo interpretación judicial en contrario, que el padre pueda cumplir la pena en su domicilio, lo que resulta irrazonable cuando todos los cuidados que parecen exclusivos de la madre (como el amamantamiento) pueden ser llevados a cabo por los padres con igual eficacia (por ejemplo, con la provisión de leche maternizada). De hecho, bajo la ley actual existe una doble violación a la equidad de género.⁽³⁷⁾ Se menosprecia el rol paterno privilegiando el materno pero apelando, paradigmáticamente, a estereotipos biologicistas.⁽³⁸⁾

4.5 | Principio *pro-homine*

Este⁽³⁹⁾ juega un papel primordial en la inteligencia con que debe ser comprendido el instituto ya que "informa todo el derecho de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria. Este principio coincide con el

(36) BIDART CAMPOS, GERMÁN J., *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, Bs. As., Ediar, 1994, t. I, p. 386; GIL DOMÍNGUEZ, ANDRÉS, *Escritos sobre Neoconstitucionalismo*, Bs. As., Ediar, 2009, p. 290.

(37) La equidad o igualdad de género implica el reconocimiento de toda persona, independientemente de si es mujer o varón, como titular de derechos, promoviéndose por igual el ejercicio de derechos, el cumplimiento de las responsabilidades y el acceso a las oportunidades más allá del género, lográndose una equivalencia que reconoce la condición de iguales de todos los seres humanos.

(38) Resulta prudente recordar que la Corte IDH señaló: "[l]a noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incursos en tal situación de inferioridad. No es admisible crear diferencias de tratamiento entre seres humanos que no se correspondan con su única e idéntica naturaleza" (Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la Naturalización, OC 4/1984 de 19 de enero de 1984, Serie A, N° 4, párr. 55).

(39) Contemplado en los arts. 23.a de la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, 29 de la CADH, 5.2 del PIDCP, 5° del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), 5° y 41 de la CDN.

rasgo fundamental del derecho de los derechos humanos, esto es, estar siempre a favor del hombre".⁽⁴⁰⁾

Los IIDH y las decisiones de los organismos internacionales propenden al reconocimiento igualitario del padre en la crianza de sus hijos/as y al establecimiento de medidas alternativas a la prisión para aquellos que se encuentran encarcelados evitando los efectos de la prisionización.⁽⁴¹⁾

En esta inteligencia, las Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de la libertad para las mujeres delincuentes (Reglas de Bangkok) aclaran que: "Algunas de las presentes reglas se refieren a cuestiones que interesan a reclusos de ambos sexos, como las relativas a las responsabilidades maternas y paternas, algunos servicios médicos y los procedimientos de registro personal, entre otras cosas, pese a que esas reglas se refieren principalmente a las necesidades de las mujeres y de sus hijos. Sin embargo, como también se centran en los hijos de las reclusas, **se debe reconocer la función determinante de ambos padres en la vida de los niños. Por consiguiente, alguna de las presentes reglas se aplicarán igualmente a los reclusos y delincuentes que son padres**".⁽⁴²⁾ El documento no descarta la posibilidad de aplicar sus preceptos a los padres, por el contrario, parecería imponerlas, máxime si se las analiza conglobadamente con los preceptos de la CDN.

En definitiva, la aplicación armónica de los principios analizados permite afirmar que la alternativa a la prisión es actualmente aplicable automáticamente y de oficio⁽⁴³⁾ pese a que resulta aconsejable su modificación legislativa como se propicia recientemente, lo que ahorraría extensas disquisiciones como la presente y la aplicación estricta de las cláusulas legales (*dura lex sed lex*).

(40) PINTO, MÓNICA, "El principio *pro homine*. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos", [en línea] <http://www.corteidh.or.cr/tablas/20185.pdf>

(41) El instituto se enmarca dentro de las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las Medidas No Privativas de la Libertad (Reglas de Tokio) en cuanto persigue "reducir la aplicación de la pena de prisión, y racionalizar las políticas de justicia social, teniendo en cuenta el respeto de los derechos humanos, las exigencias de la justicia social y las necesidades de rehabilitación del delincuente".

(42) El resaltado me pertenece.

(43) Recientes fallos se han expedido en este sentido: El Trib. Oral Crim. N° 2 CABA en el caso "P., E. V.", resuelto el 07/12/2010, resolvió: "La protección del núcleo elemental para el desarrollo de la menor involucrada fuerza entonces a encontrar una solución que priorice

5 | Aportes al proyecto de reforma integral a la luz de los principios antedichos

Los arts. 30 y 33 del Anteproyecto,⁽⁴⁴⁾ al igual que los arts. 10 del Código Penal y 32 de la ley 24.660 según la reforma introducida por la 26.472, supeditan la decisión al criterio del magistrado (ambos indican que este "podrá"), quien deberá tomar acabado conocimiento de los pormenores

su interés al tiempo de procurar, en la medida de lo posible, a que el condenado cumpla la pena impuesta por este Tribunal (...) Así las cosas, la posibilidad de que E. V. P. continúe cumpliendo dicha pena bajo la modalidad del arresto domiciliario aparece como una solución equitativa a los efectos de cumplir, por un lado, con la medida adoptada por el Estado, como la detención, y por el otro lado, el derecho de la menor a crecer al amparo de su familia de origen, atendiendo a su derecho a mantener sus vínculos familiares contemplado en la Convención de los Derechos del Niño", *DFyP*, 2011 (marzo), 54, con comentario de Ricardo Alberto Grisetti, "Prisión domiciliaria e igualdad de género", en *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, n° 2, año III, 2011, pp. 54/64. También, la CFED. CAS. PENAL, sala I, "Rossi, Maximiliano A. s/ Recurso de Casación", sentencia 15.656 del 22/06/2012 y la sala IV en "Pereyra, Miguel Ángel s/ Recurso de Casación", sentencia 11.176 del 22/03/2010, "Aguilera, Maximiliano s/ Recurso de Casación", sentencia 15.288 del 01/08/2011 y "Martínez Escobar s/ Recurso de Casación", sentencia 16.036 del 16/11/2012). Recientemente estuvo la Procuradora General de la Nación que dictaminó a favor de su aplicación para personas del mismo sexo en CSJN, "F., Ana María s/ Causa N° 17.516", del 29/05/2013, F: 74: XLIX.

(44) Art. 30.- Reemplazo de la pena de prisión por penas alternativas. Disposiciones generales: 1. El juez podrá reemplazar la pena de prisión o lo que falte por cumplir de ella, por igual tiempo de una o más penas alternativas. 2. Estas penas se aplicarán separada o conjuntamente, por igual tiempo, y podrán ser modificadas durante la ejecución. 3. El reemplazo se cancelará y se cumplirá el resto de la pena en prisión cuando el penado cometiere un nuevo delito conminado con prisión. 4. Si cometiere un nuevo delito no conminado con prisión o incumpliere las penas alternativas, el juez, según la gravedad del incumplimiento y la predisposición del penado, podrá disponer conforme al inciso anterior o establecer un nuevo reemplazo. 5. El juez deberá tener especialmente en cuenta la situación del penado cuando: a) Tuviere más de setenta años. b) Fuere una mujer embarazada. c) Tuviere a su cargo una persona con discapacidad. d) Fuere madre encargada de un menor de diez y ocho años o padre como único encargado, atendiendo al interés superior de aquel.

Art. 33.- Detención domiciliaria por razones humanitarias 1. A pedido de parte interesada, el juez dispondrá que la pena de prisión se reemplace por detención domiciliaria cuando el condenado fuere: a) Enfermo incurable en período terminal. b) Enfermo y la prisión le impidiera recuperarse o tratar adecuadamente su dolencia siempre que no correspondiere su internación en un establecimiento hospitalario. c) Discapacitado, y la prisión fuere inadecuada por su condición, implicándole un trato indigno, inhumano o cruel. 2. Teniendo en cuenta la gravedad del hecho y previo dictamen del Ministerio Público, el juez también podrá disponer el reemplazo por detención domiciliaria cuando el penado fuere: a) Mayor de setenta y cinco años. b) Mujer embarazada. c) Madre encargada de un menor de cinco años. d) Padre encargado único de un menor de cinco años. e) Padre o madre de un menor de catorce años, cuando circunstancias excepcionales lo hicieren necesario. f) O tuviere a su cargo una persona con

que habiliten la medida. Este recaudo evita una aplicación automática que derive en consecuencias más dañinas para los/las hijos/as o un empleo abusivo por sus beneficiarios.⁽⁴⁵⁾

No se indica la necesidad de practicar los estudios médicos, psicológicos y sociales tal como sucede en la actualidad para otros supuestos, empero resultaría de utilidad su implementación ya que ello permitiría determinar taxativamente los datos mínimos con que debe contar el/la juez para decidir.⁽⁴⁶⁾

En ambas cláusulas se extiende la edad de los/las hijos/as que habilitan la medida por sobre los cinco años de edad que prescribe la normativa vigente.⁽⁴⁷⁾ En el caso del art. 30 concuerda con la mayoría de edad prevista en el art. 126 del Código Civil —según ley 26.579— y la ley 22.278 “Régimen Penal de la Minoridad” (18 años). No se comprende la reducción a catorce en el caso del numeral 33. La exposición de motivos se limita a mencionar que: “En cuanto a los menores que pueden resultar

discapacidad. 3. La detención domiciliaria no se concederá cuando de ella se pudiere derivar riesgo o perjuicio para la persona afectada por el hecho o para los convivientes del condenado. 4. No impedirá la detención domiciliaria la carencia de un domicilio previo del penado.

(45) Si bien no cabe desechar esta posibilidad, es preciso destacar que los estudios han remarcado que “en el caso de detenidas con hijos menores de 4 años, se observa que solo la mitad (48,20%) vive con los niños en el penal. Esta circunstancia rebate el argumento según el cual las mujeres buscan embarazarse para lograr beneficios en la cárcel, o que las mujeres utilizan a sus hijos pequeños para negociar mejoras en su situación de encierro”, en CELS, MINISTERIO PÚBLICO DE LA DEFENSA DE LA NACIÓN, PROCURACIÓN PENITENCIARIA DE LA NACIÓN, *op. cit.*, p. 183.

(46) “... si se va a conceder la prisión domiciliaria, sin obligación alguna —como emerge de la ley— desconociéndose el ambiente que aguarda a la beneficiaria, la contención familiar que mediará y el modo de arbitrar la cobertura de las más elementales tareas, nos podríamos llegar a plantear —entre otros interrogantes, particularmente cuando no media persona o institución responsable que asuma el cuidado— ¿Quién se ocupará —por ejemplo— de hacer las compras para afrontar la nueva vida, de acercar los hijos al colegio o de asistir —de ser imprescindible— a una consulta médica?”, en KENT, JORGE, “Madres en prisión”, en *LL*, 2009-B-1197.

(47) Resulta interesante que alguna de las legislaciones latinoamericanas que reconocen la importancia de la relación madre-hijo durante sus primeros años de vida difieren al trazar un límite. En Uruguay son 2 años de edad, en Paraguay 1, en Colombia 18 y en Bolivia 6. Inclusive, los documentos internacionales no brindan un parámetro certero. La CDN define a este como a la persona menor de 18 años, al igual que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en la segunda edición del reporte La infancia y sus Derechos en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos (OEA/Ser.L/V/II 133, Doc. 3, 29/10/2008). Sin embargo, según UNICEF la adolescencia está comprendida entre los 10 y los 19 años de edad (ver reporte Estado Mundial de la Infancia de 2011: La adolescencia. Una Época de Oportunidades, [en línea] <http://www.unicef.org/spanish/sowc2011/fullreport.php>), por lo que los/las niños/as serían los menores de dicha edad.

afectados por la trascendencia, se baja la edad respecto de la previsión del inc. 6° del art. 30, por las mismas razones que se propone subirla respecto de las personas mayores”, es decir, por tratarse “directamente de una forma de reemplazo de la prisión en caso de penas de cualquier gravedad y sin atención a la parte cumplida”. Resultaría beneficioso que se aclare esta cuestión durante el debate parlamentario y se adopte un criterio uniforme, máxime si la idea rectora es que los menores no queden desamparados.

Según la redacción, el proyecto permite la detención domiciliaria para las madres, aun cuando cuente con el apoyo y asistencia de una pareja, sea o no el padre de su hijo/a, lo que no ocurre en el caso de los padres. Para estos se señaló que debe ser “único encargado”. La diferenciación se distancia del principio de igualdad que debe regir en la materia y constituye una diferenciación de género que no se encuentra debidamente explicada en la exposición de motivos. Tampoco se adecua al criterio de coparentalidad y corresponsabilidad que guía internacionalmente y localmente el modo en que se comprende y ejerce la crianza de los/las niños/as en el seno de una familia.

Finalmente, en la referencia a la madre y al padre subyace una diferenciación en base a la condición sexual de los/las progenitores/as relegando, por lo menos en el texto de la ley, a las familias encabezadas por personas del mismo sexo, o en el caso de las monoparentales, por aquellos cuyo género no coincide con su sexo biológico.

Tal inteligencia no se amalgama con las recientes disposiciones que reconocieron dichas condiciones sexuales. La ley 1004 de la Ciudad de Buenos Aires habilitó la unión civil entre personas del mismo sexo, y la nacional 26.618 provocó una profunda reforma en diversos institutos del derecho civil habilitando el matrimonio de personas del mismo sexo. En la misma línea se encuentra el decreto 1006/2012 sobre inscripción de hijos menores de matrimonios de personas del mismo sexo nacidos con anterioridad a la ley de matrimonio igualitario. Finalmente, la Ley de Igualdad de Género 26.743 permite, además de cambiar el nombre, modificar los datos sobre el sexo en documentos que acreditan identidad. Es por ello que resultaría propicio modificar la redacción del Anteproyecto para hacer alusión a los “progenitores/as”, lo que impide trazar una distinción por el concepto de padre o madre.

6 | Conclusión

1. La posibilidad de que el/la niño/a permanezca junto a su progenitor/a en prisión es uniformemente desaconsejada. Ergo, si están dadas las condiciones es preferible que cumpla la pena en un ámbito privado que escape a la lógica de la prisión, lo que evita las consecuencias perjudiciales del encierro y permite un desempeño familiar más natural. Por ende, esta alternativa a la pena de encierro resulta preferible a la permanencia de los/las niños/as con sus padres en prisión.⁽⁴⁸⁾

2. En virtud de los principios de coparentalidad y corresponsabilidad, interés superior del niño, intrascendencia de la pena, igualdad y *pro homine*, previstos en los IIDH y en la ley local, la detención domiciliaria para los padres con hijos/as a su cargo es viable automáticamente y de oficio actualmente, aun cuando la ley no contempla expresamente dicha posibilidad.

3. No existe razón alguna para discriminar el sexo o género del progenitor/a que se encuentra privado de su libertad para tornar operativo el instituto, pues ello se aleja de una interpretación armónica del ordenamiento jurídico en materia de igualdad de derechos, especialmente tras las últimas reformas operadas en el ámbito del derecho privado.

4. En lo que atañe a la posible reforma penal próxima a ser tratada en el Congreso, existen algunos aspectos que resultaría necesario debatir para que la decisión final sea producto de un intercambio de ideas que abarque todas las aristas del problema, propiciándose: a) la uniformidad de la edad de los/las niños/as como parámetro para que sus progenitores/as accedan a una prisión domiciliaria en los 18 años de edad, b) la aplicación del supuesto por igual para madres y padres, sin exigirles a estos ser quienes se encarguen exclusivamente del niño/a y c) la adopción de una terminología que abarque a ambos progenitores/as sin distinción de sexo o género.

De tal modo, Argentina estaría nuevamente a la vanguardia en la región y a nivel en esta materia, siendo que la amplia mayoría de países, con la

(48) "Son numerosas las investigaciones que confirman que la prisionización de los niños y adolescentes, llevada a cabo con el nombre que sea —en este caso a través de la detención

honrosa excepción de Bolivia,⁽⁴⁹⁾ no prevén legislativamente la posibilidad de otorgar la prisión domiciliaria para padres con hijos a su cargo, y menos aún sin atención a su sexualidad.

Es dable anhelar que la tan ansiada e imperiosa reforma penal recepte los aportes y la mirada aquí plasmada que pretende contribuir a lograr la igualdad y pacificación social, asegurando el pleno goce de los principios de derechos humanos, previstos en los IIDH suscritos por el Estado Argentino.

.....

de su madre—, provoca deterioros irreversibles, pues no tiene un efecto regresivo, como en el adulto, sino directamente impeditivo de la evolución más o menos común de la persona, sobre todo cuando esto se da durante los primeros años de vida fundamentales en el desarrollo de la psiquis del individuo”, en GRISETTI, RICARDO A. y GRISETTI, ALEJANDRA, *Prisión domiciliaria. Mujer con hijo menor a cargo. Presupuestos para su procedencia*, LLNOA, 123, marzo, 2011.

(49) La Ley de Ejecución Penal y Supervisión (2298) del año 2001 establece en su art. 26: “(Padres y madres privados de libertad) Los hijos del interno menores de seis años, podrán permanecer en los establecimientos penitenciarios, siempre que el progenitor privado de libertad sea el que tenga la tutela del menor. Cuando la tutela del menor la tengan ambos progenitores, el niño permanecerá con el progenitor que se halla en libertad, salvo que el niño se encuentre en el período de lactancia en cuyo caso permanecerá junto a su madre. La permanencia de los niños menores de seis años en establecimientos penitenciarios se hará efectiva en guarderías expresamente destinadas para ellos”.

Las principales ventajas jurídicas del Anteproyecto de Código Penal de la Nación

por **CARLOS CHRISTIAN SUEIRO**⁽¹⁾

I | Introducción

El siguiente trabajo tiene por finalidad exponer y exhibir las principales ventajas jurídicas que presenta el Anteproyecto de Código Penal de la Nación (decreto 678/2012 PEN), frente a los procesos de descodificación e inflación de leyes penales especiales que se han producido en las últimas dos décadas en la legislación nacional.

A fin de realizar un análisis metodológico y sistemático del mismo, es que dividiremos este artículo en tres puntos.

El primero estará dedicado al contexto histórico y la situación normativa en la cual se intenta llevar a cabo un proyecto de reforma integral al Código Penal de la Nación; es así como denominaremos a este apartado “Contexto histórico y jurídico del Anteproyecto de Código Penal de la Nación integral al Código Penal de la Nación”. El segundo punto está centrado

.....

(1) Abogado, especialista en Derecho Penal (UBA). Jefe de Trabajos Prácticos de la cátedra del Dr. Alejandro Alagia de la Facultad de Derecho (UBA) y Secretario Letrado de la Defensoría Oficial ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

en el estudio de “las principales ventajas jurídicas de la reforma a la Parte General del Código Penal de la Nación”. Mientras que el tercer y último apartado estará dirigido a analizar y destacar “las principales ventajas en la Reforma a la Parte Especial del Código Penal de la Nación”.

Por último, en las conclusiones, se expondrán de forma integral las ventajas jurídicas que reporta el encarar un proceso de reforma integral a un Código Penal de la Nación, qué ha perdido este a lo largo de los años, la unidad normativa, la coherencia y la lógica intrasistemática, la razonabilidad y proporcionalidad en sus penas y qué, en ocasiones, producto de la disgregación y atomización legislativa, se torna un elemento que pone en serio riesgo el principio de igualdad ante la ley.

2 | Contexto histórico y jurídico del Anteproyecto de Código Penal de la Nación

Desde los inicios de la primera década de este siglo XXI, la República Argentina se ha propuesto la recodificación de su legislación penal, buscando la supresión de las leyes complementarias y llevando a cabo un proceso de reforma y actualización integral del Código Penal de la Nación.

Una prueba cabal de ello fue el Anteproyecto de Ley de Reforma y Actualización integral del Código Penal de la Nación 2006 (resoluciones 303/2004 y 136/2005, MJyDH),⁽²⁾ elaborado por una comisión compuesta de los más destacados juristas nacionales, la que había sido convocada por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos bajo la coordinación de la Secretaría de Política Criminal y Asuntos Penitenciarios. Este Anteproyecto no fue tratado en el Honorable Congreso de la Nación por razones de índole netamente política.

Pese a no haber sido tratado por el Honorable Congreso de la Nación de la República Argentina, el Anteproyecto de Ley de Reforma y Actualización Integral del Código Penal de la Nación 2006 (resoluciones 303/2004 y 136/2005, MJyDH) constituyó una pieza jurídica excepcional de vanguardia

(2) Ver Anteproyecto de Ley de Reforma y Actualización Integral del Código Penal de la Nación (resoluciones 303/2004 y 136/2005 MJyDH).

jurídica, a tal punto que sería un trabajo de tal valor normativo que debía tenerse en consideración ante futuras actualizaciones, reformas y recodificaciones de la legislación penal de la República.

Sin embargo, el período comprendido entre los años 2007 y 2011 constituyó un lapso temporal de seria inflación y expansión de la legislación en materia penal.

Durante estos cinco (5) años se sancionaron numerosas leyes penales especiales y modificatorias del Código Penal de la Nación, pudiendo mencionarse solo a modo de ejemplo las siguientes: la ley 26.268, "Modificación del Código Penal. Asociación ilícita terrorista"; 2) ley 26.364, "Prevención y sanción de la trata de personas"; 3) ley 26.472, "Ejecución de la pena privativa de la libertad. Detención domiciliaria"; 4) ley 26.377, "Seguridad Social. Convenio de responsabilidad gremial"; 5) ley 26.695, "Modificación de la ley 24.660. Ejecución de la pena privativa de la Libertad"; 6) ley 26.705, "Modificación del Código Penal. 'Ley Piazza'. Prescripción de delitos contra la integridad sexual"; 7) ley 26.733, "Modificación del Código Penal"; 8) ley 26.735, "Modificaciones al Régimen Penal Tributario"; 9) ley 26.734, "Modificación del Código Penal (Prevención, Investigación y Sanción de Actividades Delictivas con Finalidad Terrorista)"; 10) ley 26.735, "Modificación del Régimen Penal Tributario (Ley 24.769)"; 11) ley 26.738, "Modificación del Código Penal (sustituye el art. 132)"; 12) ley 26.791, "Femicidio".

El mundo académico, la magistratura y la doctrina nacional habían registrado y analizado seriamente este proceso de inflación en las leyes penales y habían dado cuenta de él a través de distintas obras jurídicas e informes. Un claro y nítido ejemplo de ello fue el trabajo realizado durante los años 2006⁽³⁾ y 2007⁽⁴⁾ por parte de la Asociación Argentina de Profesores de Derecho Penal (AAPDP).

A raíz de la aceleración del proceso de descodificación que se había producido en el período comprendido entre 2007 y 2011 es que a partir del mes de mayo del año 2012 fue puesto en marcha un nuevo proceso de

(3) Ver ÁLVAREZ, RICARDO *et al.*, *Reforma Penal y Política Criminal - La codificación en el Estado de Derecho*, Bs. As., Ediar, 2007.

(4) Ver BIRRIEL, BIBIANA *et al.*, *Crisis y futuro de la legislación penal*, Bs. As., Ediar, 2008.

recodificación de la legislación penal por medio de la creación de una "Comisión para la Elaboración del Proyecto de Ley de Reforma, Actualización e Integración del Código Penal de la Nación".⁽⁵⁾

La actual Comisión encargada del Proyecto de Ley está conformada por el Sr. Profesor Emérito de la UBA, Dr. E. Raúl Zaffaroni, los diputados Ricardo Gil Lavedra de Unión Cívica Radical y Federico Pinedo de la Alianza Propuesta Republicana, y los abogados María Elena Barbagelata del Partido Socialista - Frente de Acción Progresista y León Carlos Arslanián por el Partido Justicialista, lo que exhibe la pluralidad partidaria al momento de conformar la comisión elaboradora y redactora del Proyecto.

Para llevar a cabo la elaboración del Anteproyecto de Ley de Reforma, Actualización e Integración del Código Penal de la Nación (decreto 678 PEN) la Comisión tomó como base y punto de partida de su labor el destacado Anteproyecto de Ley de Reforma y Actualización integral del Código Penal de la Nación 2006 (resoluciones 303/2004 y 136/2005 MJyDH).

Como bien nos expresa el Sr. Profesor Dr. Daniel Pastor:

La reforma iniciada tiene la finalidad explícita de integrar en un solo cuerpo normativo toda la legislación penal hoy dispersa y desarmonizada por una descodificación que ha alterado el equilibrio y la proporcionalidad que deben tener las disposiciones represivas, con lo cual se ha afectado la sistematicidad normativa, aspecto de la legislación penal que no es un adorno intelectual, sino garantía de efectividad de los principios de legalidad y culpabilidad (seguridad y previsibilidad), que son el corazón del derecho penal liberal.⁽⁶⁾

Es así como el jueves 13 de febrero de 2014 la Comisión encargada de la elaboración del Proyecto de Reforma presentó al Poder Ejecutivo de la Nación el Proyecto de Ley de Reforma, Actualización e Integración del Código Penal de la Nación.

.....

(5) Decreto 678/2012 PEN del 07/05/2012, BO 08/05/2012.

(6) PASTOR, DANIEL, "La recodificación penal en marcha. Una iniciativa ideal para la racionalización legislativa", en *Revista Pensar en Derecho*, Eudeba y Facultad de Derecho de la UBA, Bs. As., 2012, p. 38.

A continuación analizaremos cuáles son las principales ventajas jurídicas del Anteproyecto de Código Penal de la Nación (decreto 678 PEN), analizando para ello tanto las propuestas de reforma en la Parte General y en la Parte Especial del Código Penal de la Nación.

3 | Las principales ventajas jurídicas de la Reforma a la Parte General del Código Penal de la Nación

Este tercer apartado del trabajo se encuentra destinado a exponer y exhibir las principales ventajas jurídicas de las reformas a la Parte General del Código Penal de la Nación.

Principios Constitucionales

Expresa incorporación en el art. 1° de los principios de legalidad, culpabilidad, ofensividad, humanidad, personalidad y proporcionalidad como principios rectores de interpretación del Código Penal de la Nación.

Este punto es una clara recepción del Anteproyecto de Ley de Reforma y Actualización integral del Código Penal de la Nación 2006 (resoluciones 303/2004 y 136/2005 MJyDH), el cual preveía en su art. 1° la incorporación de los principios constitucionales de forma expresa al Código Penal de la Nación.⁽⁷⁾

Eximentes del hecho punible

Actualización de eximentes del delito o hecho punible en su art. 5°, incorporando supuestos no contemplados por el actual art. 34 del Código Penal de la Nación.

Se incorpora, por ejemplo, el error de prohibición de forma expresa en su modalidad directa e indirecta. En caso de que el error recaiga sobre la comprensión de la criminalidad del acto como refiere el inc. i, art. 5° (error de prohibición directo) o sobre los presupuestos de una causa de justificación (art. 5°, inc. j) o sobre las circunstancias de un estado de necesidad exculpante (art. 5°, inc. k, error de prohibición indirecto).

(7) Ver Anteproyecto de Ley de Reforma y Actualización Integral del Código Penal de la Nación (Resoluciones 303/2004 y 136/2005 MJyDH).

Asimismo, debe destacarse la sistematización y ordenamiento de los eximentes siguiendo la estructura analítica de la teoría del delito.

Disminución de pena en el hecho culposo

Se introduce la disminución de la escala por delito culposo o imprudente en caso de: a) error de tipo vencible, b) error de prohibición indirecto vencible, c) exceso en la legítima defensa o estado de necesidad justificante, d) cuando concurrieran parcialmente las circunstancias de la legítima defensa o estado de necesidad justificante. A su vez, en los puntos 3° y 4° del art. 6°, la disminución de pena por actuar con disminución de conciencia (párr. 3°) o error sobre la comprensión de un tipo penal menos grave (párr. 4°).

Tentativa inidónea y delito imposible

Se incorpora expresamente en el art. 8° la distinción entre tentativa inidónea y delito imposible, estableciendo la reducción de la pena hasta el mínimo legal de la especie o la posible eximición de pena en el caso de la tentativa inidónea (art. 8°, párr. 1°) y la eximición de pena en caso de delito imposible (art. 8°, párr. 2°), superando así la confusa redacción del art. 44 del actual Código Penal de la Nación.

Concurso real. Máximo de pena

En el caso de concurso real contemplado en el art. 12, se establece como máximo de pena de prisión 30 años, en concordancia con el máximo de pena fijado por la ley 25.390 que incorpora a nuestro sistema normativo el Estatuto de Roma y la adhesión a la Corte Penal Internacional.⁽⁸⁾

Delito continuado

En el art. 13 se introduce exclusivamente el concepto de delito continuado,⁽⁹⁾ lo cual hasta la fecha, constituía únicamente un instituto doctrinario sin recepción normativa expresa.

(8) Ver Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, adaptada en Roma el 17/07/1998, aprobada por ley 25.390, sancionada el 30/11/2000, promulgada el 18/01/2001 y publicada el 23/01/2001, ADLA LXI-A, pp. 48/52. Ver también Conferencia de Revisión del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional Kampala, del 31 de mayo al 11 de junio de 2010, Documentos Oficiales, Partes I, II y III. Asimismo, sobre el límite constitucional al máximo de la pena de prisión se sugiere ver ZAFFARONI, E. RAÚL, *El máximo de la pena de prisión en el derecho vigente*, Bs. As., La Ley, 10/05/2010.

(9) ZAFFARONI, E. RAÚL, ALAGIA, ALEJANDRO y SLOKAR, ALEJANDRO, *Derecho Penal. Parte General*, Bs. As., Ediar, 2000, pp. 824/829.

Concurso aparente

Se recepta en el art. 14 el concepto de concurso aparente y su clasificación por especialidad, subsidiariedad y consunción.

Unificación de condena y pena

En los arts. 15 y 16 se establece de manera clara y precisa la distinción entre unificación de condena (art. 15) y unificación de pena (art. 16).

Especies de pena

Se erradica la pena de reclusión, quedando solo contempladas en el art. 17, que sustituiría al histórico art. 5° del actual Código Penal de la Nación, las penas de prisión, multa e inhabilitación.

Determinación y mensuración de la pena

Se establece por primera vez a nivel normativo un sistema de determinación y mensuración de la pena,⁽¹⁰⁾ metodológico, sistemático y analítico receptado de la evolución doctrinaria y jurisprudencial de las últimas décadas.

Se establecen cinco puntos centrales de análisis para la determinación de la pena en el art. 18 del Anteproyecto, constituidos por: 1) El grado de culpabilidad por el ilícito; 2) las circunstancias generales de atenuación, las cuales se detallan; 3) las circunstancias generales de agravación; 4) las circunstancias de máxima gravedad; y 5) la prohibición de doble agravación al excluir como circunstancia agravante un elemento descriptivo del tipo penal.

Constituye una excelente técnica legislativa de reemplazo y sustitución de la arcaica e inútil fórmula esbozada en los arts. 40 y 41 del actual Código Penal de la Nación.

Eximición o reducción de pena

La incorporación de la facultad de eximición o reducción de pena de forma reglada en el art. 19 del Anteproyecto de Código Penal de la Nación.

.....

(10) Sobre determinación y mensuración de la pena se sugiere ver ZIFFER, PATRICIA S., *Lineamientos en la determinación de la pena*, 2ª ed., 2ª reimp., Bs. As., Ad-Hoc, 2013; BIRRIEL MOREIRA, BIBIANA MARIS, *Una aplicación dialéctica de las finalidades sin fin y las determinaciones indeterminadas de la pena*, Prólogo del Dr. Sergio Delgado, Bs. As., Fabián Di Plácido, 2009; HORNLE, TATJANA, *Determinación de la pena y culpabilidad. Notas sobre la teoría de la determinación de la pena en Alemania*, Prólogo de Bernd Schünemann, Bs. As., Fabián Di Plácido, 2003.

Estableciendo exención de pena por: 1) Insignificancia; 2) Exención de pena o imposición por debajo del mínimo de la escala; 3) Por pena natural en hechos culposos; 4) En casos de hechos cometidos en pueblos originarios o conforme la cultura originaria.

A su vez, podrá disminuir la pena por debajo del mínimo en caso de: 1) Menor significancia; 2) Pena natural en hechos dolosos; 3) Penas o lesiones ilícitas infligidas por un funcionario.

A su vez, se dispone que esta medida es susceptible de recurso en todas las instancias, sean ordinarias o extraordinarias.

Penas alternativas a la prisión

Se establecen penas alternativas a la prisión en el art. 22, contemplándose: 1) Detención domiciliaria (art. 23), 2) Detención de fin de semana (art. 24), 3) Obligación de residencia (art. 25), 4) Prohibición de residencia y tránsito (art. 26), 5) Prestación de trabajos a la comunidad (art. 27), 6) Cumplimiento de instrucciones o reglas judiciales (art. 28) y 7) Multa reparatoria (art. 29).

Detención domiciliaria por razones humanitarias

Se contempla expresamente la detención domiciliaria por razones humanitarias (art. 33) cuando se trata de: 1) enfermo incurable en período terminal; 2) enfermo y la prisión no permitiera su recuperación; 3) discapacitado y la prisión no fuera inadecuada a su condición, generando un trato indigno, inhumano o cruel; 4) considerando siempre la gravedad del hecho y previo dictamen del Ministerio Público: a) mayor de 70 años, b) mujer embarazada, c) madre encargada de niño menor de 5 años, d) padre encargado único menor de niño de 5 años y e) padre o madre de un niño menor de catorce años cuando circunstancias excepcionales lo hicieran necesario.

Además, se establece que no se impedirá la detención domiciliaria por carencia de domicilio.

Acción pública

Se introduce un cambio sustancial en cuanto al ejercicio de las acciones penales.

En el caso de la acción pública prevista en el art. 42, se contempla el principio de oportunidad reglado para el Ministerio Público Fiscal en

caso de: 1) menor significancia, 2) pena natural, 3) cuando la pena en expectativa carezca de importancia frente a otra ya impuesta, 4) cuando mediare conciliación en delitos culposos o delitos contra el patrimonio ejercidos sin violencia sobre las personas.

Acción pública dependiente de instancia privada

Se amplía en el art. 43 los delitos de acción pública dependientes de instancia privada previéndose ahora como tales: 1) estupro y abuso sexual, 2) lesiones leves dolosas o culposas, 3) amenazas y coacciones, 4) hurto simple, 5) insolvencias punibles, 6) cheques sin provisión de fondos, 7) desviación de clientela, 8) estafas y otras defraudaciones, 9) daños, 10) delitos relativos a derechos intelectuales y a las marcas y designaciones, 11) los delitos vinculados a fraudes en el comercio y a la industria, 12) los incumplimientos a los deberes de asistencia familiar, 13) obstrucción e impedimento de contacto, 14) violación de domicilio.

Acción privada

Se prevén como delitos de acción privada en el art. 44: 1) aborto culposo (art. 86, inc. 2); 2) delitos contra el honor (arts. 100 y 101); 3) violación de secretos (art. 122, inc. 1); 4) acceso ilegítimo a información (art. 123, inc. 1 y aparts. a) y c) del inc. 3); 5) incumplimiento de deberes de asistencia (art. 138, inc. 2).

Registro penal

Se prevé la regulación del registro penal⁽¹¹⁾ en el art. 53, disponiéndose que: La abstención de brindar información sobre: 1) procesos terminados por sobreseimiento o sentencia absolutoria; 2) la existencia de detenciones que no provengan de la formación de la causa salvo en los casos que sea necesaria para resolver *habeas corpus*.

Además, se establece el plazo de caducidad del registro en caso de penas de hasta 3 años, a partir de los 8 años desde el dictado de la sentencia, de 10 años en caso de penas de superiores a 3 años y de 5 años en caso de penas de multa o inhabilitación.

(11) A los efectos de evitar la estigmatización legal se prevé una regulación más precisa de los registros penales; en tal sentido, ver sobre una primera aproximación al derecho de registro penal ZAFFARONI, E. RAÚL, *Estructura Básica del Derecho Penal*, Bs. As., Ediar, 2009, p. 267.

Responsabilidad de la persona jurídica

Como modificación sustancial al derecho penal argentino se determina la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el art. 59, estableciendo la responsabilidad de la persona jurídica privada en los delitos que expresamente el Código contempla que puedan ser punibles las personas de existencia ideal, pudiendo responsabilizarse a ella aun cuando el interviniente o personal física o de existencia real no resulte condenado, otorgándole lógicamente el derecho de defensa en juicio a la persona jurídica y no pudiendo eximirse de responsabilidad por la disolución aparente de la persona jurídica.

Sanciones a la persona jurídica

A su vez, en el art. 60 se prevén las sanciones específicas para la persona jurídica: 1) multa; 2) cancelación de la personería; 3) suspensión total o parcial de sus actividades; 4) clausura total o parcial del establecimiento; 5) publicación total o parcial de la sentencia condenatoria con costas; 6) prestaciones obligatorias vinculadas con el daño producido; 7) suspensión del uso de patentes o marcas; 8) pérdida o suspensión de los beneficios estatales; 9) suspensión para participar en los concursos o licitaciones públicas; 10) suspensión en los registros estatales.

4 | Principales ventajas jurídicas de la reforma a la Parte Especial del Código Penal de la Nación

Este cuarto punto del trabajo se encuentra destinado a exhibir las principales ventajas jurídicas de la reforma a la Parte Especial del Código Penal de la Nación.

De forma metodológica y sistemática podemos mencionar las siguientes ventajas que conlleva este proceso de recodificación.

Sistematización concordada

Se retorna a una estructura lógica, sistemática y organizada de las figuras penales, partiendo de los bienes jurídicos de mayor jerarquía y tutela a los de menor relevancia.

Crímenes contra la humanidad

Se incorpora en el libro segundo “De los delitos”, en su título primero “Los crímenes contra la humanidad”, receptando los crímenes de genocidio (art. 64 CP), desaparición forzada de personas (art. 65 CP), otros crímenes contra la humanidad (art. 66 CP), crímenes de guerra contra personas protegidas (art. 67 CP), crímenes de guerra contra la propiedad y otros derechos (art. 68 CP), empleo de métodos de guerra prohibidos (art. 69 CP), crímenes de guerra contra operaciones humanitaria (art. 70 CP), otras violaciones al derecho internacional humanitario (art. 71 CP), crimen de agresión y crímenes gravísimos de guerra (art. 72 CP).⁽¹²⁾

Se toma la redacción empleada por el Estatuto de Roma para la Corte Penal Internacional en la definición de crimen de genocidio, crimen de lesa humanidad y crímenes de guerra,⁽¹³⁾ el cual fue incorporado a nuestra legislación por la ley 25.390.

Sin embargo, a diferencia del Estatuto que concentra estos tres crímenes internacionales en tres tipos penales previstos en los arts. 6º, 7º y 8º, aquí se desdoblan a los fines de contemplar escalas penales más precisas.

A su vez, se establece como pena máxima privativa de la libertad por crímenes contra la humanidad un tope de treinta años de prisión.

Delitos contra las personas

Se mantiene la redacción original de la figura del homicidio simple, ahora contemplada en el art. 76 del Proyecto de Ley del Código Penal de la Nación, pero se incorpora una figura agravada al párrafo siguiente por

(12) Se incorpora el crimen de agresión receptando Conferencia de Revisión del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, Kampala, del 31 de mayo al 11 de junio de 2010, Documentos Oficiales, Parte I, p. 20 y Parte III, p. 20. Sobre la definición y competencia del Crimen de Agresión se sugiere ver VAN SCHACK, BETH, “*Par in Parem Imperium Non Habet. Complementarity and the Crime of Aggression*”, en *Journal of International Criminal Justice*, v. 10, Oxford, 2012, pp. 133/164, [en línea] en <http://jicj.oxfordjournals.org/content/10/1/133.full.pdf+html>; TRAHAN, JENNIFER “*The Rome Statute’s Amendments on the Crime of Aggression: Negotiations at the Kampala Review Conference*”, en *International Criminal Law Review*, n° 11, Martinus Nijhoff Publishers, 2011, pp. 49/104.

(13) Ver Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, adaptada en Roma el 17/07/1998, aprobada por ley 25.390, sancionada el 30/11/2000, promulgada el 18/01/2001 y publicada el 23/01/2001, ADLA LXI-A, op. cit.

resultado plural, estableciendo como escala penal un mínimo de 15 años de prisión y una pena máxima de 30 años.

En los homicidios agravados, ahora previstos en el art. 77, debe destacarse la eliminación de la pena de prisión perpetua por una escala agravada de 10 a 30 años de prisión, la cual se compadece con un criterio de proporcionalidad con los crímenes contra la humanidad, Título I, Capítulos I, II, y III.

Se suprimen dos incisos incorporados por la ley 25.601: el actual inc. 8º, cuando la víctima fuera un miembro de la fuerza de seguridad, policial o penitenciaria, y el inc. 9º, incorporado por la ley 25.816, o cuando el que abusare de su función o cargo, fuere miembro de una fuerza de seguridad, policial o servicio penitenciaria.

Por último, debe destacarse que se incorpora un agravante del viejo Código de Justicia Militar (CJM) derogado en febrero de 2009, con lo cual se considera por demás apropiada su introducción concordada como homicidio agravado en este nuevo art. 77 del Anteproyecto de Código Penal de la Nación 2013. Asimismo, debe destacarse que en el art. 80 CP se vuelve a introducir el tipo penal del infanticidio, el cual había sido derogado por ley 24.410.

Delitos contra la libertad

Se incorpora en el art. 108 del Proyecto de Ley una nueva figura penal, la de prisión preventiva ilegal.

El nuevo tipo penal prevé como autor calificado del delito a los jueces que prolongaren la prisión preventiva más allá del límite impuesto por el art. 10, previéndose tanto la forma dolosa como culposa.

Incumplimiento lesivo a los deberes familiares

Este art. 138 mantiene el texto vigente en el art. 1º de la ley 13.944, según la modificación operada por la ley 24.286. Debe estacarse que se procede mediante este Proyecto a la derogación de la ley 13.944.

Delitos contra los derechos intelectuales

En el art. 150 del Proyecto de Reforma Integral y Actualización al CPN se introduce el tipo penal de violación de derechos intelectuales. Se ha optado por incluir un capítulo específico dentro del Título VII, evitando la legislación confusa en una ley especial.

Resulta por demás acertado que en un solo tipo penal se haya tratado de condensar los supuestos más relevantes comprendidos en la ley 11.723, lo cual brinda mayor precisión y claridad a las figuras penales.

Delitos contra el orden económico y financiero

Se incorpora al Código Penal de la Nación en el Título VIII, Capítulo I, Fraudes al Comercio, Industria y Consumo, materia regulada en ley especial 20.680 de Abastecimiento y se disminuye la cantidad de tipos penales significativamente, simplificándose la materia de acuerdo a las necesidades de los tiempos actuales.

En el Capítulo II destinado a Delitos contra la Competencia, se incorpora al Código Penal de la Nación la ley 25.156 de Defensa de la Competencia, reduciéndose y condensándose todo la ley en un único tipo penal que prevé cinco figuras penales.

Por su parte, en el Capítulo III, Delitos Contra el Orden Aduanero se deroga la parte de las disposiciones penales del Código Aduanero y se incorpora de forma concordada al Código Penal de la Nación. En la Reforma se disminuyen en todos los supuestos las escalas penales, siendo todos los casos excarcelables.

No se tipifica más la tentativa de contrabando como figura autónoma y con la misma pena que el contrabando consumado. Conforme a ello, la tentativa se regula de acuerdo a las previsiones de la Parte General del Código Penal. El Proyecto recoge las críticas de la doctrina respecto del criterio de imponer la misma pena al delito consumado que al tentado, suprimiéndose los arts. 871 y 872 del Código Aduanero.⁽¹⁴⁾

No se encuentra regulado el encubrimiento de contrabando, el cual también es suprimido. Tampoco se encuentra contemplado como supuesto especial el delito de encubrimiento. Como ambas figuras tienen la misma pena, no se justifica una figura especial. Se fusionan en un único tipo penal agravado, el contrabando agravado de estupefacientes del art. 866 y el contrabando de material peligroso o radioactivo del art. 867 del Código Aduanero, unificando su escala punitiva.

(14) Sobre la crítica a la regulación especial de la tentativa en el Código Aduanero ver SUEIRO, CARLOS C., "Delitos Económicos y crisis político-económica mundial," en *Revista de Derecho Penal*, año II, n° 4, Ediciones Infojus, p. 265/320.

En el Capítulo IV se prevén los Delitos Contra el Control de Divisas; la redacción propuesta mejora sustancialmente la regulación de estos delitos.

Se acotan los tipos cambiarios tan solo a tres figuras y se supera la discusión actual sobre el difícil deslinde entre los incisos a) y b) del art. 1° de la ley 19.359 con las modificaciones introducidas por las leyes 22.338, 23.928 y 24.144, cuerpo normativo ordenado por el decreto 480/1995 y resulta conocido como Ley del Régimen Penal Cambiario, t.o. 1995.

Se deroga definitivamente el cuestionado omnicompreensivo tipo penal del inciso f) que no configura un tipo penal en sentido estricto por ser claramente conculcatorio del principio de legalidad.⁽¹⁵⁾

Además, incluyendo estas figuras al Código, se diferencian acabadamente las infracciones de los delitos y las cuestiones de fondo de las de forma. Por último, la pena propuesta —prisión de 1 mes a 6 años— es mucho más clara y, en consecuencia, de más sencillo establecimiento y aplicación.

Asimismo, resulta por demás satisfactoria la supresión de todo un articulado que se disociaba y en última instancia desdibujaba los principios rectores del derecho penal bajo el manto y justificativo de especialidad de la materia cambiaria, como lo son la presencia de tipos penales en blanco, la inaplicabilidad de la ley penal más benigna regulada por el actual art. 20 de la ley,⁽¹⁶⁾ la presunción de dolo y la violación al principio de culpabilidad,⁽¹⁷⁾ la modificación en su art. 19 de los plazos de prescripción, la alteración en

(15) Ver GERSCOVICH, CARLOS GUSTAVO, *Derecho Económico Cambiario y Penal. Incluye la Ley 19.359 de Régimen Penal Cambiario, comentada y concordada*, Bs. As., Lexis-Nexis, 2006, pp. 422/423.

(16) En contra de esta regulación especial en materia penal en el ámbito cambiario ver SARAVIA FRÍAS, BERNARDO y MAZZINGHI, MARCOS, "La ley penal cambiaria y los principios generales del derecho penal común", en LL 2008-F, 1364; BECERRA, FEDERICO, "Nuevo fallo de la Corte Suprema sobre la aplicación de la ley penal más benigna", *La Ley*, 25/09/2009, 6. Asimismo, se sugiere consultar a nivel jurisprudencial CSJN, "Cristalux SA s/ Ley 24.144", 11/04/2006, Recurso de Hecho, Letra "C", N° 77, Libro XL, Fallos: 329:1053. También se recomienda ver SALABER, RAMIRO, "Régimen penal cambiario: Nuevo Fallo sobre aplicación de la ley penal más benigna", Bs. As., *La Ley*, 2006-C, 504, 2006; CSJN, "Agri-genetics SA s/ Infracción Ley 24.144", 28/11/2006, Recurso de Hecho, Letra "A", N° 312, Libro XL, Fallos: 329:5410.

(17) En contra de la presunción del dolo y violación del principio de culpabilidad ver BONZON, JUAN. C., "El dolo requerido para configurar las infracciones cambiarias", en LL 1990-C, 1115.

su art. 18 del instituto de reincidencia y la instauración de la responsabilidad solidaria entre otras modificaciones de carácter sustancial.

Delitos contra la hacienda pública y la seguridad social

Se deroga la ley 24.769 y legisla en el Título IX a través de los arts. 180, 181, 182 y 183 del Anteproyecto de Código Penal de la Nación, la evasión tributaria y la evasión tributaria y previsional o a la seguridad social.

Como monto de referencia para distinguir la evasión tributaria simple de la evasión tributaria agravada ya no se colocan montos dinerarios como parámetros de diferenciación, sino que la referencia son salarios mínimos vitales y móviles.

Desaparecen, producto de la derogación de la ley 26.769, facultades especiales como la capacidad de la AFIP de constituirse en querellante, lo cual implicaba en muchos casos una duplicación de la acusación estatal en desmedro del derecho de defensa en juicio.⁽¹⁸⁾

Delitos contra el medio ambiente, la fauna y la flora

Ahora previstos en el Título XI del Proyecto de Ley, se engloban los delitos contra el medio ambiente y contra la fauna silvestre.

Se encara un serio proceso de sistematización toda vez que se abarcan los tipos penales de dos leyes especiales (24.051 y 22.421), sancionadas en diferente época, cuyos textos necesitan una actualización.

En el caso de los delitos contemplados en los arts. 204 y 205 (originalmente regulados en la ley 24.051), se modifica el bien jurídico tutelado, sustituyendo a la salud y la vida de las personas por el de la integridad ecológica de los sistemas naturales.

.....

(18) Ver SUEIRO, CARLOS CHRISTIAN y MONTELEONE, ROMINA, "La facultad del organismo recaudador de asumir la función de querellante - Duplicación del Acusador Público o una eficiente protección del Bien Jurídico Hacienda Pública Nacional", en *Periódico Económico Tributario, La Ley*, Bs. As., viernes, 10/03/2006, año XV, n° 342; SUEIRO, CARLOS CHRISTIAN, "La facultad de los organismos recaudadores de constituirse en parte querellante y el derecho de defensa del imputado. ¿Duplicación de la acusación estatal mediante la arrogación de facultades inherentes al Ministerio Público Fiscal o un eficiente resguardo del bien jurídico hacienda pública?", en Goldman, Diego Hernán (comp.), *Práctica Penal Tributaria. Prueba, proceso, dogmática y política criminal*, Bs. As., Editores del Puerto, 2012, pp. 239/270.

En el caso de los arts. 206, 207 y 208 se dedican a la sistematización de la actual ley 22.421, estableciendo a través de estos tres artículos los delitos contra la fauna silvestre, acuática, u otros animales; el maltrato animal y los delitos contra la flora.⁽¹⁹⁾

Proceso de recodificación y derogación de leyes complementarias

Se realiza un fuerte proceso de sistematización y armonización de todos los bienes jurídicos tutelados por el Código Penal de la Nación, guardando armonía en cuanto a la valoración de cada uno de los bienes jurídicos y su traducción en escalas punitivas acordes entre sí, desde la lógica intra-sistemática.

Finalmente, este importante proceso de codificación se corona con la derogación, extinción y supresión del siguiente listado de leyes penales complementarias: 1) ley 9643 de warrants y certificados de depósito; 2) ley 11.723 de propiedad científica, literaria e intelectual, 3) ley 11.231 de profilaxis antivenérea, 4) ley 13.944 de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar, 5) ley 13.985 de penalidades para los que atentan contra la seguridad de la Nación, 6) ley 14.034 de represión para quienes propicien la aplicación de sanciones contra el Estado argentino, 7) ley 14.346 de protección de malos tratos y actos de crueldad contra los animales, 8) ley 17.285 de sanciones penales establecidas por el Código Aeronáutico, 9) ley 19.359 del Régimen Penal Cambiario, 10) ley 19.945 de sanciones penales dentro del Código Electoral, 11) ley 20.429 Nacional de Explosivos, 12) ley 20.655 de delitos en el deporte, 13) ley 21.265 de servicio de seguridad personal, 14) ley 21.961 de prohibición de propaganda de los juegos de azar, 15) ley 22.262 de defensa de la competencia, 16) ley 22.362 de marcas y designaciones, 17) ley 22.415 de sanciones penales instauradas por el Código Aduanero, 18) ley 22.421 de conservación de la fauna, 19) ley 23.077 de protección del orden constitucional y la vida democrática, 20) ley 23.592 de actos discriminatorios, 21) leyes 23.737 y 26.052 de estupefacientes y

(19) Sobre lo contraproducente de una proliferación de leyes penales en materia ambiental se recomienda consultar en el derecho comparado a MÜLLER - TUCKFELD, JENS CHRISTIAN, "Ensayo para la abolición del Derecho penal del medio ambiente", publicado en *La insostenible situación del Derecho Penal*, Instituto de Ciencias Criminales de Frankfurt, área de Derecho Penal de la Universidad Pompeu Fabra, Granada, Comares, 2000, pp. 507/531; en el ámbito local se sugiere ver ZAFFARONI, E. RAÚL, *La Pachamama y lo humano*, Prólogo de Osvaldo Bayer, Bs. As., Colihue, Ediciones Madres de Plaza de Mayo, 2012.

psicotrópicos, 22) ley 24.051 de residuos peligrosos, 23) ley 24.193 de trasplantes de órganos y material anatómico, 24) ley 24.241 del sistema integrado de jubilaciones y pensiones, 25) ley 24.270 de impedimento de contacto de menores con sus padres no convivientes, 26) ley 24.411 de desaparición forzada de personas, 27) ley 24.417 de protección contra la violencia familiar, 28) ley 24.499 de desaparición forzada de personas, 29) ley 24.557 de riesgo de trabajo, 30) ley 24.769 del Régimen Penal Tributario, 31) ley 24.819 de deporte antidoping, 32) ley 25.086 del Régimen de Armas y Explosivos, 33) ley 25.156 de defensa de la competencia, 34) ley 25.742 de ley antisequestro, 35) ley 25.761 de desarmadero de automotores y ventas de sus partes, 36) ley 25.859 de patente de invención, 37) ley 25.871 de la ley de migración, 38) ley 25.891 de servicio de comunicaciones móviles, 39) ley 25.938 Registro Nacional de Armas de Fuego y materiales controlados, secuestrados, 40) ley 26.247 de implementación de la convención sobre la prohibición del desarrollo, la producción, el almacenamiento y el empleo de armas químicas, 41) ley 26.268 de modificación del Código Penal. Asociación ilícita terrorista,⁽²⁰⁾ 42) ley 26.364 de prevención y sanción de la trata de personas, 43) ley 26.472 de ejecución de la pena privativa de la libertad. Detención domiciliaria,⁽²¹⁾ 44) ley 26.377 de seguridad social. Convenio de responsabilidad gremial", 45) ley 26.695 de modificación de la ley 24.660. Ejecución de la pena privativa de la Libertad, 46) ley 26.705 de modificación del Código Penal.

(20) En una postura crítica hacia los tipos penales de Asociación Ilícita Terrorista y Financiación del Terrorismo se sugiere consultar: OKLANDER, JUAN, Introducción a la Ley 26.268 que reforma el Código Penal y la Ley 'Antilavado', en *Enfoque* 2007, Sup. Act., n° 8 (agosto), 21/08/2007; ÁLVAREZ, CARLOS ADOLFO, "La Inclusión de la Asociación Ilícita y el Financiamiento de Actividades Terroristas en nuestro Código Penal (Acerca de la Ley 26.268)", *La Ley, Boletín Informativo*, año 2007, n° 18, t. LXVII-D, pp. 1/15; ESTRELLA, OSCAR ALBERTO y GODOY, LEMOS ROBERTO, *Código Penal - Parte Especial. De los delitos en particular*, artículos 186/306, t. 3, 2ª ed., Bs. As., Hammurabi, 2007, pp. 317/318; ERBETTA, DANIEL, "Algunas reflexiones sobre la tipificación de los delitos de asociación ilícita terrorista y su financiación", en *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, julio-agosto, año 1, n° 4, Nova Tesis, 2007; PAMPILLO, LUCILA, "¿El fin justifica los medios?: La Asociación Ilícita Terrorista y el Financiamiento del Terrorismo", en *La Ley, ADLA Bol*, 18/2007, p. 1; SUEIRO, CARLOS CHRISTIAN y BIRRIEL, BIBIANA, "La banalidad del Derecho Penal Posmoderno. Sobre los tipos penales de Asociación Ilícita Terrorista y Financiación del Terrorismo (Una nítida y clara proyección de la selectividad del poder punitivo internacional en la legislación local)", en *Suplemento La Ley de Derecho Penal y Procesal Penal*, Bs. As., 27/12/2007, pp. 1/14.

(21) Sobre la detención domiciliaria como modo de ejecución de la pena privativa de la libertad se sugiere consultar ANZIT GUERRERO, RAMIRO, *Ejecución Penal*, Bs. As., Cathedra Jurídica, 2014.

Ley Piazza. Prescripción de delitos contra la integridad sexual, 47) ley 26.733 de modificación del Código Penal, 48) ley 26.735 de modificaciones al Régimen Penal Tributario, 49) ley 26.734 de modificación del Código Penal (Prevención, Investigación y Sanción de Actividades Delictivas con Finalidad Terrorista", ⁽²²⁾ 50) ley 26.735 de modificación del Régimen Penal Tributario (Ley 24.769), 51) ley 26.738 de modificación del Código Penal (sustituye el art. 132), 52) ley 26.791 de femicidio, 53) ley 26.842 de prevención de la trata de personas y asistencia a sus víctimas, 54) ley 26.847 de trabajo infantil (incorpora el art. 148 bis), 55) ley 26.904 de *grooming* (incorpora el art. 131 al CP)".

5 | Conclusión

A lo largo del artículo se ha intentado demostrar cuáles son los principales beneficios y ventajas jurídicas que trae aparejado el encarar un proceso de recodificación de la legislación penal a través de un Anteproyecto de Código Penal de la Nación (decreto 678 PEN).

Como se ha exhibido, la incesante proliferación de leyes penales, tanto especiales complementarias como modificatorias de la Parte General y Especial del Código Penal de la Nación, han llevado a contar hoy, en la segunda década del siglo XXI, con un instrumento normativo que ha perdido su finalidad y razón de ser.

Las innumerables modificaciones al Código Penal de la Nación lo han convertido en una herramienta jurídica prácticamente inútil debido a que ha perdido su orden sistemático en virtud del número de leyes complementarias que se han sancionado y que hoy lo integran; no ha guardado

(22) En crítica a la nueva figura de terrorismo se sugiere consultar, ANITUA, GABRIEL IGNACIO, "Análisis de la nueva ley penal antiterrorista", en *Revista de Derecho penal y Criminología*, Zaffaroni, E. Raúl (dir.), año II, n° 2, marzo 2012, Bs. As., La Ley, 2012, pp. 3/15; CASTEX, FRANCISCO, "Leyes antiterroristas, anti mercado y anti ¿quién?", en *Suplemento Especial Nuevo Régimen Penal Tributario* 2012), enero 2012, Bs. As., La Ley, p. 3; TAZZA, ALEJANDRO O. y CARRERAS, EDUARDO, "La financiación del terrorismo en la nueva legislación", *La Ley*, 20/04/2012; GIL DOMÍNGUEZ, ANDRÉS, "¿Ley antiterrorista o antigarantista?", en *Suplemento Especial Nuevo Régimen Penal Tributario* 2012), Bs. As., La Ley, enero de 2012, p. 58; SUEIRO, CARLOS C., "El nuevo Tipo Penal de Terrorismo. ¿vestigio de un Derecho Anti - Inseguritas?", en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, año II, n° 6, julio de 2012, pp. 35/38, Bs. As., La Ley, 2012; SUEIRO CARLOS, C., "Actos comprendidos en la definición jurídica de Terrorismo", en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, año II, n° 10, noviembre de 2012, Bs. As., La Ley, 2012, pp. 9/15.

proporcionalidad y razonabilidad entre las escalas punitivas impuestas a los diversos tipos penales en virtud del bien jurídico protegido o tutelado y, a su vez, ello pone en serio riesgo el principio de igualdad ante la ley previsto por la Constitución Nacional.

Por esta razón, el abordar un proceso de recodificación de la legislación penal de forma metodológica, seria, sistemática y concienzuda, se ha retomado un Anteproyecto de Código Penal de la Nación integral al Código Penal de la Nación como lo fue el del año 2006, que había recabado la opinión de todas las universidades nacionales, públicas y privadas y de juristas de la Nación, buscando exponer las diversas posturas jurídicas de los representantes políticos. Dicho Proyecto del 2006 debe ser destacado a la luz de sus virtudes y ventajas jurídicas que reporta.

Retornar a un Código Penal de la Nación carente de leyes complementarias, en cuyo ordenamiento se encuentren condensadas y a la vez contempladas todas las figuras penales previstas con escalas penales proporcionales y equitativas al bien jurídico tutelado o protegido con una lógica intrasistemática y armónica resulta indispensable si se pretende llevar a cabo una administración de justicia respetuosa del debido proceso, de las garantías constitucionales y de los derechos humanos de las personas sujetas a investigación criminal.

Por ello, una Reforma integral al Código Penal de la Nación entraña y conlleva todas las ventajas jurídicas anteriormente mencionadas, independientemente del contexto político e histórico en el cual ella intente ser llevada a cabo.

La reglamentación legal de la prohibición constitucional de penas ilícitas en el Anteproyecto del Código Penal

por **PABLO ANDRÉS VACANI**⁽¹⁾

I | Introducción

I.1 | Propuestas

1. La proporcionalidad de la pena no solo es expresión de la ofensa del delito sino de la calidad del castigo impuesto. El trato punitivo es un factor relevante de esa proporción.
2. Negar esta relación implica omitir que una pena ilícita por las condiciones de trato es una pena desproporcionada por las lesiones a bienes que produce.
3. Esa negación existe en la realidad y una de las principales razones de la impunidad es la ausencia de reglamentación legal en la cuantificación por el Código Penal (CP).
4. La previsión en la norma penal, tal como prevé el art. 19, inc. 3, apartado c del Anteproyecto, es una exigencia ineludible para traducir la pena ilícita en

.....
(1) Doctor en Derecho Penal (UBA). Proyecto UBACyT (2011-2014, director: E. Raúl Zaffaroni). Departamento de Derecho Penal y Criminología de la Facultad de Derecho (UBA).

un castigo más gravoso que incida en la reducción de la pena legal ante el supuesto de doble punición.

1.2 | Fundamentación

Una pena aplicada mediante torturas u otros tratos arbitrarios es una pena ilícita cuya consecuencia jurídica exige ser reglamentada por la norma penal para evitar la equiparación con la pena lícita, sobre todo con la medida de restricción temporal de libertad ambulatoria. La lesión arbitraria de bienes jurídicos producto de la ejecución penitenciaria exige ser depurada en tiempo mensurable y su resultado, de acuerdo a esa cualidad aflictiva, puede ser su exención —cancelación de proporcionalidad— o una pena por debajo del mínimo legal —proporcionalidad mínima—.

2 | Objeto

El objeto de este trabajo es demostrar el avance significativo que se evidencia en el art. 19, inc. 3, apartado c del Anteproyecto del Código Penal de la Nación al reglamentar la aplicación del trato arbitrario al sistema de cuantificación penal. Pues este permite regular un alcance preciso de la legalidad —no cuantificar un castigo menos gravoso del que corresponde—, contempla el derecho a obtener condiciones carcelarias dignas —humanidad—, y que toda pena cruel es desproporcionada respecto del contenido injusto del hecho —proporcionalidad—. De esta manera posibilita la relación entre el trato punitivo y la mensura, y deja en claro que la cuantificación penal no solo se relaciona con la respuesta proporcionada al delito sino que, además, con el modo y calidad de castigo.⁽²⁾

3 | Memorando el orden ilustrado

Hacia mediados del siglo XVIII el sistema penal liberal ha representado a la pena de prisión como forma de encierro institucional, traduciéndola en unidad de medida y valorándola como privación temporal de la libertad. Esto ha definido un modo de representar el poder punitivo formal en tiempo mensurable de castigo. La tipificación y formalización legal de las

(2) ZIFFER, P., *Lineamientos de la determinación de la pena*, Bs. As., Ad-Hoc, 1999, p. 23.

penas modernas se han configurado, ya no como aflicciones, sino como privaciones de la libertad individual. Tal como lo expresara Francisco Mario: “siendo la pena la pérdida de un derecho por un derecho ofendido, de ello se sigue que los géneros de pena son tantos como los de los derechos de que se puede privar al delincuente”.⁽³⁾ Este contenido facilitó la cuantificación a través del cálculo. La proporcionalidad —que se remonta a la antigüedad— fue, así, corolario del principio de legalidad y retribución, concibiéndose predeterminedada en todos los casos y regulada, en forma abstracta y de manera igual, de acuerdo a la gravedad del delito. Esto aseguró el objetivo principal de regular jurídicamente el castigo, cuya primera característica ha sido la de otorgar certeza como limitación al poder punitivo.⁽⁴⁾

El problema era cómo medir el castigo y de qué forma regularlo en un plano formal que permitiera una representación dogmática acorde a la justificación utilitaria. Para ello, el castigo representó una igualdad cuantitativa de dolor entre la magnitud de la ofensa del delito y la pena correspondiente mediante la creencia racionalista de que entre ambas existía una relación necesaria.⁽⁵⁾ Esta relación se ha determinado mediante la concepción del tiempo como valor susceptible de ponderar lesiones comparables,⁽⁶⁾ del mismo modo que se unificaron las medidas lineales y de superficie, los sistemas monetarios o decimales, lo que incluso llevara a Carrara a calificar la idea aritmética de proporcionalidad como “nebulosa”.⁽⁷⁾

El sistema moderno ha creído en la regulación legal contra los castigos físicos con el objetivo de garantizar que la pena posibilitara un “mal idóneo”, al punto de generar mayores desventajas que aquellas provocadas por el delito. Sin embargo, como señalara Beccaria, la crueldad puede

(3) PAGANO, F. M., *Principios del Código Penal*, Hammurabi, 2002, p. 64.

(4) IGNATIEFF, M., *A Just Measure of Pain. The Penitentiary in the Industrial Revolution 1750-1850*, Nueva York, Pantheon, 1978.

(5) Beccaria insistía en esta equivalencia en su célebre pasaje “*Se la geometría fosse adattabile alle infinite ed oscure combinazioni delle azioni umane, vi dovrebbe essere una scala corrispondente di pene, che discendesse dalla più debole*”. BECCARIA, C., *Dei delitti e delle pene*, Milán, Biblioteca Universale Rizzoli, 1984, p. 74.

(6) HEGEL, G. W. F., *Principios de la filosofía del derecho*, Barcelona, Edhasa, 1999, p. 164.

(7) CARRARA, F., *Programa de Derecho Criminal*, t. II, Bogotá, Temis, 1972, p. 696.

desnaturalizar esta idoneidad del mal: "No es la crueldad de las penas uno de los más grandes frenos de los delitos, sino la inefabilidad de ellas".⁽⁸⁾ El sistema penal liberal ha definido una relación entre la calidad del castigo y su utilidad al punto que Carrara puso atención a una pena no corruptora, que no "pervierta al reo".⁽⁹⁾ Incluso Bentham se refería a una pena económica, con el objeto de evitar que se desvirtuase como "costosa".⁽¹⁰⁾

El sistema penal del siglo XIX ha elaborado todo tipo de argumentos contra la inhumanidad y crueldad de las penas. Estos estuvieron sujetos a tres rasgos modernos bien definidos: el de la legalidad, el de la igualdad y el del carácter privativo de la pena. Pero lo cierto es que, posteriormente, la operación jurídica de proporcionalidad solo se relacionó con un aspecto de lo cuantitativo —la gravedad del delito—, dejando de lado la otra proporción —la gravedad del castigo—, excluyendo de toda medida aquellos castigos informales que refutaran la previsión legal de la forma típica de privación temporal de libertad.

Pero, como afirma el propio Luigi Ferrajoli, habiendo conservado muchos elementos de aflicción física y psicológica —que le sustrae además sus caracteres de igualdad, legalidad y jurisdiccionalidad—⁽¹¹⁾ la cárcel ha sido siempre, en oposición a su modelo teórico y normativo, mucho más que privación de un tiempo abstracto de libertad. La proporcionalidad se desmorona frente a un sistema carcelario que no opera conforme a la legalidad de las penas. Como afirma Mathiesen, este sistema se viene legitimando en un argumento circular que establece el valor del castigo no por su calidad sino por la culpabilidad/gravedad del delito. Este valor se define solo en comparación con otros delitos, de manera tal que la medida del castigo no se sujeta a su calidad, es decir, a la

(8) BECCARIA, C., *De los delitos y las penas*, Madrid, Alianza, 2000, p. 79.

(9) CARRARA, F., *op. cit.*, p. 88.

(10) "Llamaremos pues a una pena económica cuando produce el efecto deseado con el menor sufrimiento posible; y diremos que es demasiado costosa cuando causa un mal mayor que el correspondiente al bien o cuando se podría obtener este con una pena inferior y eso es un acto de prodigalidad". BENTHAM, J., *Teoría de las penas y las recompensas*, t. I, París, Masson e hijos, 1826, p. 21.

(11) FERRAJOLI, L., *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Trotta, Madrid, 2001, p. 412.

manifestación concreta del poder punitivo.⁽¹²⁾ La contradicción resulta evidente. Pues la calidad del castigo ha servido de justificación respecto a la determinación de la cantidad de pena “idónea” o “proporcional”, pero estos términos nunca se relacionaron pragmáticamente, es decir, en términos prácticos.

4 | Premisa

Recordemos el fundamento básico de la legitimidad de la pena. Tal como Luigi Ferrajoli expresa: “la pena no debe superar a la violencia informal que en su ausencia sufriría el reo por la parte ofendida o por otras fuerzas más o menos organizadas”.⁽¹³⁾ O sea, la eventual violencia aplicada por la víctima, o por la institución policial o penitenciaria no puede superar a la pena impuesta. Por ende el valor que la pena legal adquiere es un tiempo de restricción de la libertad personal.

El castigo más gravoso implica, en consecuencia, restricciones severas en la privación de derechos no contenidos en el valor que la mensura de la pena legal significa en abstracto. Por ende, sus condiciones de ejecución resultan ser el objeto sustancial de la cuantificación penal susceptible de desvirtuar la proporcionalidad que, en la actualidad, solo incorpora la proporción en relación al delito —lo que no es proporción—⁽¹⁴⁾ y deja de lado el verdadero resultado, es decir, el carácter que el castigo adquiere en términos reales.

La premisa es que la consagración de una mensura abstracta y formal exige adecuarse a la contingencia de poder penitenciario que distorsiona esa legalidad por un efecto de poder arbitrario. Por lo tanto, la proporcionalidad es un valor que expresa la cuantificación, no solo respecto de la ofensa del delito sino también atendiendo al contenido del trato aplicado en el encierro carcelario.

(12) MATHIESEN, T., *Juicio a la prisión*, Bs. As., Ediar, 2003, p. 195.

(13) FERRAJOLI, L., *op. cit.*, p. 398.

(14) Como lo denunciara Giavonni Bovio, esa proporcionalidad resultaría falsa si uno de sus términos no se sujetara a la calidad del castigo aplicado. Pues de ser la gravedad del delito lo que determine el castigo, no habría proporción posible por no valorarse uno de los términos. BOVIO, G., *Saggio critico del diritto penale*, Milán, 1902.

5 | La cuantificación de la pena opera “a espaldas” del contenido que esta adquiere en la esfera penitenciaria

Desde que el Estado argentino sancionó el CP en 1921, no ha incorporado a la sistemática de la imposición de penas todo el alcance que el derecho internacional ha tenido sobre la materia; particularmente, la consagración de que el estado es responsable de no imponer penas legales y que todo trato prohibido es una arista de protección a la vida y a la integridad personal de los ciudadanos, derecho que todo Estado debe garantizar.⁽¹⁵⁾

Pese a la incorporación a nuestra Carta Magna de la prohibición constitucional de tratos crueles, inhumanos o degradantes —art. 75, inc. 22 (1994)—,⁽¹⁶⁾ y de su consagración en el art. 9° de la ley 24.660 —complementaria del CP (art. 229)—; la cantidad de situaciones de tratos arbitrarios que tienen lugar por acción u omisión del servicio penitenciario y que se caracterizan por exceder la medida de privación temporal de libertad, es una cuenta pendiente en materia penal al negarse la directa correspondencia que tales agravamientos tienen con la legalidad, humanidad y la proporcionalidad de la pena impuesta.⁽¹⁷⁾

(15) CORTE IDH, “Caso Neira Alegría y otros vs. Perú” (Fondo), Sentencia de 19 de enero de 1995; CORTE IDH, “Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú” (Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 30 de mayo de 1999; CORTE IDH, “Caso Cantoral Benavides vs. Perú” (Fondo), Sentencia de 18 de agosto de 2000; CORTE IDH, “Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros vs. Trinidad y Tobago” (Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 21 de junio de 2002; CORTE IDH, “Caso Instituto de Reeducción del Menor vs. Paraguay” (Excepciones Preliminares, Fondos, Reparaciones y Costas), Sentencia de 2 de septiembre de 2004; CORTE IDH, “Caso Tibi vs. Ecuador” (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 7 de septiembre de 2004; CORTE IDH, “Caso De La Cruz Flores vs. Perú” (Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 18 de noviembre de 2004; CORTE IDH, “Caso Raxcacó Reyes vs. Guatemala” (Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 15 de septiembre de 2005; CORTE IDH, “Caso “García Asto y Ramírez Rojas vs. Perú” (Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 25 de noviembre de 2005; CORTE IDH, “Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) vs. Venezuela” (Excepción Preliminar, Fondos, Reparaciones y Costas), Sentencia de 5 de julio de 2006; CORTE IDH, “Caso Pacheco Taruel vs. Honduras” (Fondos, Reparaciones y Costas), Sentencia de 27 de abril de 2012.

(16) Además, art. 5.2 de la Convención Americana; art. 7° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, entre otros.

(17) Las condiciones gravosas del encierro carcelario padecido durante la última dictadura militar argentina (24/03/1976 a 10/12/1983) fueron contempladas en la ley 23.070 —sancionada

Por un lado, si bien la jurisprudencia del derecho internacional de los derechos humanos ha venido desarrollando la cuestión, ampliando el ámbito de protección en las últimas décadas; por el otro, se carece en lo sustancial de una práctica jurídica que esté dirigida a regular las variables relacionadas entre la cantidad de castigo que se mide y se fija y aquel finalmente aplicado por la institución penitenciaria. Pese a la consagración constitucional de prohibición de tratos crueles, inhumanos o degradantes; para la justicia penal prevalece que la forma en que se castiga a la persona en prisión no se relacione ni con la pena ni con su cantidad, cuando lo lógico sería poder verificar si la cuantificación de la pena es equivalente o no a la cantidad de castigo aplicado en términos reales.

A medida que se profundiza el modelo prisión-depósito,⁽¹⁸⁾ el estado de negación de los agentes de la justicia es pasmoso. Pese al impulso que la cuestión ha tomado para los funcionarios de la Defensa Pública —tomo el caso de la provincia de Buenos Aires—,⁽¹⁹⁾ se presenta una enorme desproporción entre la cantidad de casos que se litigan ante los órganos jurisdiccionales y los distintos padecimientos conocidos —que pueden identificarse

una vez recuperada la democracia— como un mecanismo de compensación en el cómputo de la prisión preventiva debido a la intensidad de los padecimientos sufridos durante la prisión. La ley se sustenta en una presunción que no admite pruebas que contradigan el hecho de que durante ese período los detenidos padecieron malos tratos y torturas. Sin embargo, luego de este proceso y a pesar de su cotidianeidad, el efecto que esos actos tuvieron sobre las penas, se ha pasado por alto. Señalaba E. Raúl Zaffaroni hace veinte años que, en la realidad operativa de nuestros sistemas penales, la omisión o silencio en torno al problema “provoca una paradoja realmente irritante [cuando] estos hechos tengan sobre la pena que se impone o la que sufre más efecto que el de una mera circunstancia de lamentable accidente”. ZAFFARONI, E. RAÚL, “Las penas crueles son penas”, en *Lecciones y Ensayos*, n° 56, Departamento de Publicaciones, Universidad de Buenos Aires, 1996, p. 14.

(18) CELS, *Derechos Humanos en Argentina: Informe 2013*, Bs. As., Siglo XXI Editores, 2013, p. 277.

(19) [En línea] <http://capacitacion.mpba.gov.ar/?q=node/951>. La Defensa Pública debe litigar aquellos casos en que durante el encierro la persona haya sido pasible de tratos arbitrarios, para que se reduzca la pena o se otorgue algún instituto de libertad a quien sufre encierro, considerando que la medida de la pena resulta mayor de aquella “legal” fijada en la sentencia como mera privación de la libertad. Para ello es necesario ampliar los contenidos de las entrevistas para detectar penas ilegales y documentarlas “en el caso” para que planteadas oportunamente, puedan ser descontadas de las penas “legales”. [En línea] http://www.defensapublica.org.ar/cartelera/CONCLUSIONES_DEFENSA_EJECUCION_NECO-CHEA_2013.pdf: “Es necesario impulsar que el trabajo en relación con los planteos de trato arbitrario se realicen en el marco del juicio oral, en los alegatos, a los fines de mantenerse estos planteos en la instancia extraordinaria. Se sugiere plantear como atenuante de la probable pena a imponer la excesiva duración de la prisión preventiva sufrida”.

con relativa sencillez— respecto de procesados y/o penados. La cantidad de hechos denunciados mediante *habeas corpus* solo tienen un efecto anecdótico y parecen desligarse de la pena en sí misma a través de un efecto simbólico de corrección que se vuelve “eterno retorno”.⁽²⁰⁾

Resulta evidente que la negación de la violencia garantiza impunidad. Esto se ve en las pocas situaciones de criminalización de tratos crueles, inhumanos o degradantes.⁽²¹⁾ Más aún, la escasa producción científica en esta materia ha colaborado para que los abogados no decidan informarse mucho sobre la forma en que se castiga verdaderamente porque esto no tiene aplicación práctica, como lo pueden tener las nulidades en materia procesal, o las diversas teorías del hecho punible en la dogmática de la teoría del delito. De manera que las condiciones de vida en prisión no son materia de indagación jurídica.

Prevalece aún una práctica jurídica que elude la capacidad real de analizar el modo en que el castigo informal —que supera la privación temporal de libertad— genera consecuencias jurídicas al determinar la medida de castigo. De este modo, salvo contadas excepciones, nuestra cultura jurídica no logra incorporar a sus percepciones aquellas prácticas punitivas de un sistema carcelario que no castiga conforme a la previsión de la legalidad. En razón de ello, la medida de privación de libertad se distorsiona durante el tiempo

(20) Entendida como perduración infinita, la concepción del eterno retorno —que fascinaba a Borges en su trabajo *La doctrina de los ciclos*— nos habla de la cronicidad en los hechos de agravamientos, de un tiempo menos lineal que circular que hace a “una profusión de recursos de *Habeas Corpus* con sentencia firme cuya ejecución se encuentra pendiente, sumados a los recursos abiertos y en trámite, las órdenes de los Jueces de Ejecución que permanecen incumplidas y las marchas y contramarchas constantes en materia de reparaciones, la precariedad de las episódicas soluciones obtenidas, la reiteración de las falencias al poco tiempo, y en definitiva el fracaso en las políticas de mantenimiento cuando no la inexistencia de dichas estrategias, y la mora injustificada en el cumplimiento de las sentencias firmes, situaciones que genera en los hechos la permanencia en el tiempo de las violaciones de derechos denunciadas, que han dejado de ser situaciones excepcionales y puntuales para transformarse en crónicas”, [en línea] <http://www.defensapublica.org.ar>

(21) La Corte IDH ha definido “impunidad” como “la falta en su conjunto de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena de los responsables de las violaciones de los derechos protegidos por la Convención Americana, toda vez que el Estado tiene la obligación de combatir tal situación por todos los medios legales disponibles ya que la impunidad propicia la repetición crónica de las violaciones de derechos humanos y la total indefensión de las víctimas y de sus familiares”, CORTE IDH, “Caso Bácamá Velásquez vs. Guatemala”, Sentencia del 25 de noviembre de 2000, párr. 211; CORTE IDH, “Caso Ivcher Bronstein vs. Perú” (Reparaciones y Costas), Sentencia del 6 de febrero de 2001, párr. 186; CORTE IDH, “Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú” (Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia del 31 de enero de 2001, párr. 131.

de prisión, aunque cabe reconocerse que el excesivo plazo de duración del proceso ya ha sido consolidado como una atenuante no taxativa en el CP.⁽²²⁾

Todos sabemos que la cárcel mata, deteriora, enferma y lesiona gravemente mientras que la práctica jurídica continúa en el cálculo, negando la indagación existencial del sujeto, y, juntamente con ello, permitiendo alejar de la práctica jurídica toda percepción sobre las prácticas punitivas. El problema relativo al ocultamiento jurídico de la cantidad de castigo está sujeto al modo en que la unidad de tiempo solo se define en una manifestación formal del poder punitivo, de manera tal que todo el sistema jurídico que regula la calidad del castigo no tiene aplicación práctica en dicho proceso de cuantificación.

Hoy, ante la profundización de un sistema penal compatible con el derecho internacional de los derechos humanos, esa negación debe ser superada. La cantidad de trato punitivo que resulte ser arbitrario por parte de los agentes penitenciarios se expresa como incompatible con la restricción inherente de la libertad ambulatoria y, evidentemente, la mensura del castigo adquiere en dichos casos un mayor valor que, en términos de compensación, debe integrar justamente la cuantificación como única vía posible para consagrar la cuantía de una pena legal. Es decir, depurada en términos mensurables de aquel contenido ilícito que habría de resultar desproporcionado por doble punición.

6 | El avance de la cuestión en la jurisprudencia de la CSJN

En los últimos años la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) ha evidenciado la directa relación entre pena/prisión, a partir de la interpretación de la norma constitucional del art. 18 en tanto cláusula cuyo contenido operativo define la posición de garante

(22) Con respecto a la Provincia de Buenos Aires, SCJ Bs. As., "Toro Fizz", sentencia del 04/05/2011, Causa P. N° 110.833. En el mismo sentido, SCJ Bs. As., "Cano", sentencia del 23/10/2013, Causa P. N° 90.759. También TRIB. CASAC. PENAL Bs. As., sala III, Causa N° 53.024 de 15/04/2014, registro N° 215, con cita de Causa P. N° 110.833, "T. F., M. A. s/Recurso de casación", 04/05/2011, y Causa P. N° 113.790, "M. Z. B. s/ Recurso de casación", 26/09/2012. En el mismo sentido, se considera la demora como atenuante sobrevenida.

En el mismo sentido, el TRIB. CASAC. PENAL Bs. As., sala I, "Clark", sentencia del 26/03/2013, Causa N° 55.846, reg. N° 155; "Bigi", sentencia del 10/10/2013, Causa N° 31.328, reg. 1.359; "Duarte Prette", sentencia del 26/11/2013, Causa N° 47.088 reg. 1602; "Díaz", sentencia del 12/05/2014, Causa N° 21.514, reg. 467, voto del Dr. Celesia al que adhiere el Dr. Violini.

del Estado, y deja en claro que las condiciones carcelarias no pueden ser producto de una pena accesoria a la condena impuesta ya que la forma de aplicación debe ser una consecuencia directa del principio de legalidad y proporcionalidad penal.

Retomada la democracia, recientemente sancionada la ley 23.070, en el fallo “Solís” —el 26 de agosto de 1986— se señalaría una directa relación entre calidad de castigo y contenido punitivo de la sentencia. Pues las condiciones de encierro exigen “moderar los efectos de la condena”.⁽²³⁾ En “Núñez, Fermín Ángel”,⁽²⁴⁾ otro caso relativo a la ley mencionada, se señaló “que la eficacia del sistema de corrección está condicionada a su racionalidad, de manera que si la conducta de la persona privada de libertad no fue buena”, ello no podría serle imputado con certeza sin correr el riesgo de atribuirle, en su perjuicio, las consecuencias de las decisiones ajenas.

En “Badín”, donde la CSJN tomara conocimiento de la situación de excepcionalidad —hacinamiento, corrupción, sistema de prevención de incendios nulo, ausencia de tratamiento, etc.— que vivían los presos de Olmos en 1990, señaló

Si el Estado no puede garantizar la vida de los internos ni evitar irregularidades, de nada sirven las políticas preventivas del delito ni menos aún las que persiguen la reinserción social de los detenidos; es más, indican una degradación funcional de sus obligaciones primarias que se constituyen en el camino más seguro para su desintegración y para la malversación de los valores institucionales que dan soporte a una sociedad justa (...) Esta Corte, como cabeza suprema del Poder Judicial de la Nación, no puede permanecer indiferente a situaciones que por su gravedad, pueden llevar a que el modo en que se hacen efectivas las detenciones durante el proceso o la ejecución de las penas, revista el verdadero carácter de una condena accesoria que no corresponda a las aplicadas en las sentencias que emanan de

(23) Fallos: 308:1298; también en “Lago”, Fallos: 310:1026.

(24) Fallos: 312:892.

este Poder Judicial, ni a la pena establecida por ley para el delito de que se trata.⁽²⁵⁾

Luego, en la conformación de la Corte de Néstor Kirchner en 2003, en el "Caso Romero Cacharamé" de marzo de 2004, sostendría en voto de la mayoría que

uno de los principios que adquiere especial hálito dentro de las prisiones es el de legalidad, ello por cuanto la manera en que las autoridades penitenciarias le dan contenido concreto al cumplimiento de la pena dispuesta por la autoridad judicial y sus sucesivas alteraciones, pueden implicar una modificación sustancial de la condena, y por lo tanto queda a resguardo de aquella garantía.⁽²⁶⁾

Sin dudas, el voto de Fayt en este precedente nos aporta en forma relevante el sentido que toda modificación cualitativa adquiere en términos cuantitativos, cuando bien manifestara que "aquellos casos que impliquen una alteración fundamental en el contenido cualitativo o cuantitativo de la pena jamás podrían integrar categorías diferentes".⁽²⁷⁾

Luego vendría el célebre "Caso Verbistky" que, respecto de la situación concreta de la provincia de Buenos Aires, señaló que todo trato arbitrario en prisión es el resultado "de peligro o lesión de bienes jurídicos fundamentales tutelados por la Constitución y que, en el presente caso, se trata nada menos que el derecho a la vida y a la integridad física de las personas".⁽²⁸⁾ Ya concretamente en "Maldonado", a fines de 2005 (citado también en "Garrone"), señalaría que, por mandato constitucional,

(25) CSJN, "Badín, Rubén Orlando y o/s. c/ Suprema Corte de Justicia de la Pcia. Bs. As. Amparo", 05/07/2000, Fallos: 312:2002.

(26) CSJN, "Romero Cacharamé, Hugo Alberto s/ Ejecución penal", 09/03/2004.

(27) Fallos: 327:388, consid. 7° de su voto.

(28) En este caso la CSJN innova al encomendar el establecimiento de un procedimiento de diálogo entre distintos actores públicos y privados para hacerlo, y constituirse en supervisora del funcionamiento y resultados de ese mecanismo cabe resaltar la trascendencia de la decisión, que introduce al tribunal en el terreno de los remedios característicos del litigio complejo o litigio de reforma estructural. COURTIS, C., "El caso 'Verbistky': ¿nuevos rumbos en el control judicial de la actividad de los poderes políticos?", en NDP 2007/A, Editores del Puerto, 2007, p. 565, Considerando 27°.

toda pena privativa de libertad está dirigida esencialmente a la reforma y readaptación social de los penados, lo que “exige que el sentenciante no se desentienda de los posibles efectos de la pena desde el punto de vista de la prevención especial”.⁽²⁹⁾ Más tarde, en septiembre del otro año, en fallo “Gramajo” explicaría que

la pena y cualquier otra consecuencia jurídico penal del delito no puede ser cruel, en el sentido que no debe ser desproporcionada respecto del contenido injusto del hecho. Toda medida penal que se traduzca en una privación de derechos debe guardar proporcionalidad con la magnitud del contenido ilícito del hecho o sea con la gravedad de la lesión al bien jurídico concretamente afectado por el hecho (consid. 19).⁽³⁰⁾

Petracchi sería más preciso señalando que

el objetivo de reinserción social de la pena privativa de libertad que indica la Convención Americana sobre Derechos Humanos es predicado, justamente, respecto de una ‘pena’ que, para ser tal, habrá de estar necesariamente limitada por el principio de culpabilidad. Dicha finalidad, por otra parte, se limita a imponer al Estado el deber de estructurar la ejecución penitenciaria de dicha sanción de tal modo que, dentro de lo posible, colabore activamente a superar los posibles déficits de socialización del condenado y que, cuando menos, no provoque un efecto contrario al deseado. Realizar un esfuerzo serio en este sentido constituye, por lo demás, un imperativo tanto de la razón práctica como de la solidaridad humana con el autor del delito. Pero desde ningún punto de vista puede entenderse que tales fines pueden lograrse con prescindencia del principio de culpabilidad y de la prohibición de exceso.⁽³¹⁾

(29) CSJN, “Recurso de hecho deducido por el defensor oficial de Daniel Enrique Maldonado en la causa Maldonado, Daniel Enrique y otro s/ robo agravado por el uso de armas en concurso real con homicidio calificado —causa N° 1174—”, 07/12/2005, Fallos: 328:4343

(30) CSJN, “Gramajo, M. E. s/ robo en grado de tentativa”, 05/09/2006.

(31) CSJN, “Gramajo, M. E. s/ robo en grado de tentativa”, fallo cit., considerando 36, voto Petracchi.

Esa prohibición de exceso retornaría en forma de prohibición de doble punición abriendo la puerta al proceso de determinación de la pena durante su ejecución. Pues allí se expresa "... que una pena que se ejecuta de modo diferente se convierte en una pena distinta y, por ende, en caso de ser más gravosa su ejecución resulta una modificación de la pena impuesta en perjuicio del condenado".⁽³²⁾

A través de un afianzamiento de los derechos de los condenados a una sanción penal, los precedentes señalados de la CSJN permiten sostener que la forma de ejecución en las distintas unidades penales de la coerción es un dato de significación para la determinación de la pena. Esto es, aquellos principios que regulan el contenido de una pena proporcionada se alteran en forma perjudicial para el condenado mediante dobles puniciones, por lo que dichas modificaciones cualitativas deben integrar la mensura para de este modo no equiparar, en términos de privación de libertad, una pena legal de otra con aristas de crueldad. No se trata de una reparación, sino de imponer una pena que, para ser legal, debe ser proporcionada.

7 | El texto del Anteproyecto en el art. 19, inc. 3, apartado c

Es significativo el avance que el texto del Anteproyecto del Código Penal presenta sobre la cuestión. Pues en el art. 19, inc. 3, apartado c procura una razonable regulación de los principios de humanidad, proporcionalidad y prohibición de doble punición, en tanto reconoce que las penas o lesiones ilícitas aplicadas por funcionarios permiten que la pena legal resulte atenuada, inclusive por debajo del mínimo legal. Releva que ante el supuesto "de tortura, tormento o vejaciones por acciones u omisiones de funcionarios encargados de su detención, cuidado o transporte, o hubiere sufrido un grave daño en su salud por la inseguridad de los lugares de detención..." importa una cuantificación más gravosa del reproche de pena legal que exige ser descontado.

Es necesario dar cuenta de la interpretación —lo menos restrictivamente posible— del término "tortura" a la que alude el texto. Dicha noción

(32) CSJN, "Germano, Karina Dana s/ Causa n° 12.792", (Fallos, G. 763. XLVI), 14/02/2012.

permite distinguir diversas connotaciones de grado en la lesión física y psíquica. Abarca desde la tortura a otro tipo de vejámenes o tratos crueles, inhumanos o degradantes, cuyas secuelas físicas o psíquicas varían en intensidad.⁽³³⁾ Por lo tanto dicha noción debe comprender la diversidad de acciones y relaciones que se constituyen en clave de gobernabilidad de la población carcelaria. Es decir, no debe reducirse a hechos aislados que responda a formas concretas de represión sino también atender a las coacciones estructurales que delimitan el funcionamiento de todo el campo —ausencia de adecuada alimentación en cantidad y calidad suficientes, procedimientos de aislamientos constantes, traslados injustificados que alteran el vínculo familiar y produce pérdidas económicas relevantes, deterioro progresivo del desarrollo individual por ausencia de actividades laborales o educativas, etc.—.⁽³⁴⁾

Así como la tortura define una forma de poder específico, su ejercicio se encuentra bajo permanentes acciones de conservación del estado de las relaciones dentro de la prisión. Pues esa posesión de poder suele disminuir si existen conflictos no previstos, o acciones de fuerza no esperadas, o si el preso define ciertas acciones en contra de ciertos intereses. Por ello cabe destacar que la tortura, como producto de un complejo número de acciones de violencia física del personal penitenciario —aislamiento, sectorización, requisas vejatorias, golpizas, represión excesiva con balas de goma, etc.—, se materializa como forma de sometimiento cuando no ha podido instalarse la posibilidad de negociación —coacción psicológica, maltrato físico—, de excesos en la forma de control —procedimientos de “bienvenida” y requisas violentas—, o acciones concretas de represión —submarino seco o húmedo, plancha con psicofármacos, palazos, usos de agua fría—.

Las tres causas más relevantes de daños graves a la salud son, por un lado, las enfermedades contraídas en prisión —particularmente tuberculosis y neumonía— producto de omisiones relevantes del Estado por las condiciones de habitabilidad —hacinamiento o superpoblación— o ausencia

(33) CORTE IDH, “Caso Loayza Tamayo vs. Perú” (Fondo), Sentencia del 17 de septiembre de 1997. Al respecto, RAFEAS, D. E., *La tortura y otras prácticas ilegales a detenidos*, Bs. As., Del Puerto Editores, 2010, p. 226 y ss.

(34) PROCURACIÓN PENITENCIARIA DE LA NACIÓN, Informe 2012, p. 87 y ss.; COMITÉ CONTRA LA TORTURA, “El sistema de la crueldad”, Informes Anuales desde 2004 en la Provincia de Buenos Aires.

de prevención de las mismas; también lesiones producidas por falta de atención médica durante el encierro —por ser indebida o por no resultar oportuna—; y la pérdida de órganos vitales por peleas producidas entre internos sin haberse asegurado las condiciones de prevención y evitación de tales hechos.

Debe destacarse el avance que la cuestión ha tenido en causas litigadas ante la Sala I del Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires. En particular en los casos “Big”⁽³⁵⁾ —en tanto se consideró que “le asiste razón a la defensa al planteo de valorar como atenuante las enfermedades (tuberculosis y neumonía) contraídas en la cárcel, toda vez que es responsabilidad del Estado la protección de la integridad física y no puede el mismo beneficiarse con una doble punición”—; “Livolsini”⁽³⁶⁾ —“Por último, la defensa alega que su asistido tuvo una pena natural, toda vez que quedó inválido por falta de atención médica en la prisión, por lo que pide se lo condene al mínimo legal previsto para las figuras imputadas, considerando esta circunstancia como minorante. Ahora bien, surge de la lectura del acta de debate que la defensa de Grecco, al momento de los alegatos, peticionó esta atenuante, sin embargo, el *‘a quo’* no la trató en la cuarta cuestión del veredicto, incurriendo en una omisión esencial, art. 168 de la Constitución Provincial. Por lo tanto, siendo esta una de las circunstancias personales que el art. 41 CP autoriza se evalúen como atenuante, entiendo que debe computarse la misma”—; y, también, “Casado”⁽³⁷⁾ —“... nos hallamos en una situación en la que el Estado, que ha tenido a esta persona bajo su custodia permanente, no ha satisfecho la obligación de debida diligencia en torno al adecuado tratamiento que tiene como deber. En otras palabras, ha omitido lo que en términos de los órganos jurisdiccionales atinentes a la protección de los derechos humanos le compete y que la Corte Interamericana, desde el primer caso contencioso que resolvió en el año 1988, ha establecido: prevenir razonablemente las violaciones de derechos humanos.”⁽³⁸⁾

(35) Causa 57.144 del 30/12/2013.

(36) Del 08/11/2012 en causa 42.394 y 42.395.

(37) Sala de FERIA Reg. 307 del 30/07/2010.

(38) CORTE IDH, “Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras” (Fondo), Sentencia del 29 de julio de 1988, párr. 167.

En la especie traída el encartado estaba bajo la directa vigilancia y tutela del Poder Ejecutivo Provincial y a disposición del Poder Judicial, o sea que la integridad física, la indemnidad en definitiva, descansaba en cabeza del Estado provincial debe prestar. Y en el caso, la garantía se ha revelado como insuficiente. Así las cosas, el suceso damnificador a que alude reiteradamente la representante, debe ser imperativamente tenido en cuenta por los magistrados de la causa; concretamente para desencadenar o ser el disparador de una morigeración de la cautela para quien ha sufrido consecuencias irreversibles sobre su físico y su futuro estado de salud al estar bajo una fallida guarda del Estado, máxime cuando su salud va a ser mejor tutelada si tiene un libre acceso a la medicina hospitalaria pública. Corresponde, en consecuencia, otorgar la detención domiciliaria con salidas hacia los hospitales públicos y, de no representar esto inconvenientes, en un lapso prudencial, permitir salidas laborales si el órgano de grado lo viere posible” —. ⁽³⁹⁾

Aun dentro de las limitaciones de este trabajo, entiendo necesario subrayar que el texto del Anteproyecto ha pretendido comprender la incompatibilidad de las condiciones carcelarias. Esto es, el concreto trato punitivo que los presos y presas reciben del Estado con la norma constitucional que protege únicamente la aplicación de penas legales, proporcionadas y humanas, obligando a una interpretación dirigida a dicha finalidad. Por ello cabe incorporar al texto todas aquellas variables de violencias que, durante el tiempo de prisión, hayan lesionado en forma inusitada la vida o la integridad personal —física o psíquica— de las personas.

Por supuesto, el texto no presenta nada nuevo. Desde 1853 el art. 18 de la Carta Magna trae un claro mensaje a los jueces. Afirma que toda medida que so pretexto de precaución conduzca a mortificar a las personas alojadas en la cárcel, más allá de lo que la ley exija, “hará responsable al juez que la autorice”. La ley solo exige la restricción de la libertad ambulatoria que, si bien puede conllevar la privación inherente de otros derechos, estos comienzan a ser afectados en forma ilegal cuando el Estado no actúa sobre la base de los estándares mínimos y objetivos que señalan las Reglas para el Tratamiento del Recluso —y su actual desarrollo en Principios

(39) También en “Causa Juárez”, 52.569, Sala I, Reg. N° 800 del 31/08/2012, donde se registraron hechos de violencia producto de reiteradas peleas con internos durante el encierro seguidos de traslados arbitrarios y en condiciones inhumanas.

y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas—. ⁽⁴⁰⁾

De esta manera, el Anteproyecto cumple con adecuar la legislación penal a las condiciones de convencionalidad que, producto de la prohibición de tratos crueles, inhumanos y degradantes, no pueden ser obviados; además cuando dichos tratos gravosos se hayan efectivamente ejecutados y visto modificada la proporcionalidad con relación a la ofensa del delito, cuantifica tal castigo como asimilable a una pena legal.

8 | La determinación judicial de las penas ilícitas

No hay razones para descartar que las penas ilícitas sean determinadas bajo los mismos criterios que las penas legales, cuando una y otra son penas. En vez de atender a la individualización relativa al hecho del injusto y las circunstancias particulares de su autor relativas a su culpabilidad y condición personal, se invierte el uso de los mismos parámetros para señalar la acción antijurídica del Estado por el trato punitivo aplicado, atendiendo a la extensión de los daños como el impacto en la individualidad del sujeto, incorporando la situación concreta de incumplimiento de la posición de garante del Estado como una de los parámetros a tener en cuenta, destacando el estado de control de riesgos previsible (situación de evidente descontrol por deterioro completo del penal, incumplimiento sistemático del debido registro y requisa, ausencia de acciones de prevención de conflictos y/o emergencias) como así la ausencia de medidas concretas para revertir situaciones de agravamiento pese a conocerlas (atención médica deficiente, hacinamiento, etc.).

Podemos decir entonces que la agencia judicial debe considerar el trato arbitrario recibido por los presos durante el tiempo de prisión de manera de depurar, en base a ello, la cuantía del poder punitivo que esta debe establecer. Si bien la norma solo plantea el supuesto que dicho exceso sea corregido en una pena por debajo del mínimo legal indicado por la pena formal; lo cierto es que, por iguales fundamentos, puede darse lugar a su

(40) Tal estándar ha sido uno de los principales avances que trajo la doctrina “Verbisky”, por parte de la CSJN.

cancelación por desproporción grosera ante la cantidad de lesión producida en tratos arbitrarios.

Más allá de las definiciones relacionadas con las circunstancias particulares de tratos arbitrarios que incidirán en las pautas que define el art. 41 CP, la sola comprobación de estos indica la responsabilidad objetiva de la administración penitenciaria a cargo del poder ejecutivo del Estado, independientemente del reproche o no que *a posteriori* se haga a algún funcionario o agente. Pues lo que se cuestiona es la ausencia de diligencia del Estado en tanto garante, producto de una objetiva falta de diligencia del servicio penitenciario.⁽⁴¹⁾

De esta forma es conveniente hacer una primera valoración que exija tomar la jerarquía del derecho lesionado por la falta de diligencia del Estado, aunque el contenido de estas lesiones esté definido por la determinación de la cualidad aflictiva respecto del marco penal aplicable y pautas agravantes que definimos.⁽⁴²⁾ Entonces, por un lado, debe tenerse en cuenta la jerarquía del derecho lesionado y, por otro, la magnitud de la lesión provocada de acuerdo a las propias cualidades de ese trato. En razón de ello, la individualización del monto compensatorio debe tener como punto de partida el marco penal aplicable del bien jurídico más afectado por el trato punitivo, aplicando el principio de absorción y valorando la incidencia aumentativa, en caso de existir una multiplicidad de bienes afectados,

(41) CORTE IDH, "Caso Instituto de Reeducción del Menor vs. Paraguay" (Excepciones Preliminares, Fondos, Reparaciones y Costas), Sentencia de 2 de septiembre de 2004, párr. 152; CORTE IDH, "Caso los Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú" (Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 8 de julio de 2004, párr. 98; CORTE IDH, "Caso Juan Humberto Sánchez vs. Honduras" (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 7 de junio de 2003, párr. 111; CORTE IDH, "Caso Fermín Ramírez vs. Guatemala" (Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 20 de junio de 2005, párr. 118; CORTE IDH, "Caso Neira Alegría vs. Perú", Sentencia de 19 de enero de 1995, párr. 60; CORTE IDH, "Caso Cantoral Benavides vs. Perú" (Fondo), Sentencia de 18 de agosto de 2000, párr. 87. En nuestro ámbito, CSJN, "Badín, Rubén y otros c/ Buenos Aires, Provincia de s/ daños y perjuicios", 19/10/1995; también CSJN, "Gothelf, Clara Marta c/ Santa Fe, Provincia de s/ daños y perjuicios", 10/04/2003.

(42) Así como el carácter de las lesiones por la calidad de trato suponen intensidades diferentes, también esas graduaciones están asimiladas a diversos grados de responsabilidad del Estado. Mientras un caso de trato arbitrario puede evidenciar una situación de colapso general del penal, otros pueden estar sujetos al incumplimiento de un agente penitenciario en una situación concreta. Si bien, en ambos casos, debe responder el Estado por no haber sido diligente en su accionar, ambas situaciones suponen magnitudes diferentes, pues el primero podrá estar más vinculado a la reiteración o prolongación de los efectos provocados, en el segundo, podrá estar relacionado a la intensidad o severidad del trato.

resultando de aplicación la escala de gravedad continua, siendo que el marco penal prevé desde la sanción más leve a la más grave que se pueda concebir, y de crecimiento paulatino al comprender la suma del contenido penoso de esos castigos.⁽⁴³⁾

Evidentemente la cantidad de pena ilícita será mayor si el trato punitivo ha puesto en peligro concreto la vida de la persona o su integridad física, aunque esta valoración abstracta respecto de la jerarquía de los bienes jurídicos afectados deberá ser siempre contrarrestada en relación a las formas de gravedad concreta. Pues puede suceder que un hecho lesivo sobre un bien jurídico menos grave afecte más la integridad personal de la víctima, teniendo en cuenta la reiteración o sistematicidad de esos hechos.

9 | Conclusión

Se concluye entonces que el trato punitivo que impone el sistema carcelario hace posible que la medida de privación de libertad se distorsione en el tiempo mediante otras privaciones a bienes jurídicos que resulta constitucionalmente protegido, es el contenido del castigo que sin dudas integra el proceso de cuantificación. Si estos sufrimientos no tienen ninguna relación con el hecho y le dan una intensidad que supera el valor mensurable de la privación de libertad ambulatoria, por consecuencia es necesario que la legislación penal contenga y regule estos excesos en el proceso de cuantificación.

El texto comentado trae como consecuencia del trato prohibido constitucionalmente que el tiempo mensurable no necesariamente se adhiere al tiempo abstracto o numerado en términos cronológicos, sino al tiempo de prisión producto del trato punitivo aplicado, interpelando siempre al tiempo vivenciado.

(43) ZIFFER, P., *Código penal anotado*, Tomo II, Hammurabi, Bs. As., 2002, p. 59; RIGHI, E., *Teoría de la pena*, Bs. As., Hammurabi, 2001, p. 201.



Fuentes citadas

Índice de fuentes citadas

ÁLVAREZ, CARLOS A., “La Inclusión de la Asociación Ilícita y el Financiamiento de Actividades Terroristas en nuestro Código Penal (Acerca de la Ley 26.268)”, *Boletín Informativo*, n° 18, t. LXVII-D, Bs. As., La Ley, 2007.

ÁLVAREZ, RICARDO *et al.*, *Reforma Penal y Política Criminal. La codificación en el Estado de Derecho*, Bs. As., Ediar, 2007.

AMANS, CARLA V. y NAGER, HORACIO S., *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, Bs. As., Ad-Hoc, 2009.

ANITUA, GABRIEL I., “Análisis de la nueva ley penal antiterrorista”, en *Revista de Derecho penal y Criminología*, Raúl E. Zaffaroni (dir.), año II, n° 2, Bs. As., La Ley, 2012.

ANZIT GUERRERO, RAMIRO, *Ejecución Penal*, Bs. As., Cathedra Jurídica, 2014.

BAIGÚN, DAVID, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Bs. As., Depalma, 2000.

BECCERRA, FEDERICO, “Nuevo fallo de la Corte Suprema sobre la aplicación de la ley penal más benigna”, *La Ley*, Bs. As., 2009, 25/09/2009, 6.

BERTOLA, MA. CRISTINA, “Es típica la conducta del padre no conviviente que se lleva al hijo”, *La Ley* 2006-F, 1306.

BIDART CAMPOS, GERMÁN, “Delito, proceso penal, prisión preventiva y control judicial de constitucionalidad”, en *La Ley*, 1999-B, 660, AR/DOC/13981/2001.

BIDART CAMPOS, GERMÁN, *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, Bs. As., Ediar, 1994, t. I.

BIRRIEL, BIBIANA, *Una aplicación dialéctica de las finalidades sin fin y las determinaciones indeterminadas de la pena*, Bs. As., Fabián Di Plácido, 2009.

BIRRIEL, BIBIANA *et al.*, *Crisis y futuro de la legislación penal*, Bs. As., Ediar, 2008.

BONZON, JUAN. C., “El dolo requerido para configurar las infracciones cambiarias”, *La Ley*, 1990-C.

BRINGAS, FLORES, SANDRA M., “La detención domiciliaria en el Código Procesal Penal y su especial consideración hacia la mujer gestante”, [en línea] www.derechoycambiosocial.com

BUIGO, MARCELO, “Derechos fundamentales y su relación con el instituto de la reincidencia regulado en el Código Penal argentino”, en *Urbe et ius*, Primavera, MMV.

BUIGO, MARCELO, “La reincidencia y la imposibilidad de su vigencia en un estado constitucional de derecho”, en Gustavo Bruzzzone (coord.), *Cuestiones Penales. Homenaje al profesor doctor Esteban J. A. Righi*, Bs. As., Ad-Hoc, 2012.

CASTEX, FRANCISCO, “Leyes antiterroristas, anti mercado y anti ¿quién?”, en Suplemento Especial *Nuevo Régimen Penal Tributario* 2012, Bs. As., La Ley, 2012.

CELS, MINISTERIO PÚBLICO DE LA DEFENSA DE LA NACIÓN, PROCURACIÓN PENITENCIARIA DE LA NACIÓN (comps.), *Mujeres en prisión. Los alcances del castigo*, Bs. As., Siglo Veintiuno editores, 2011.

CENTRO POR LA JUSTICIA Y EL DERECHO INTERNACIONAL, (CEJIL), *Mujeres privadas de libertad. Informe regional Argentina, Bolivia, Chile,*

- Paraguay, Uruguay, [en línea] <http://observatoriovihcarceles.org/es/vih/genero-vih-menu/item/82-mujeres-privadas-de-libertad-informe-regional-argentina-bolivia-chile-paraguay>
- COLOMBO, MARCELO y MÁNGANO, MA. ALEJANDRA, “El consentimiento de la víctima en la trata de personas y un análisis sobre los medios comisivos previstos en la figura penal”, [en línea] http://www.mpf.gov.ar/Accesos/ufase/consentimiento_victima_trata.pdf
- COMISIÓN PARA LA ELABORACIÓN DEL PROYECTO DE LEY DE REFORMA, ACTUALIZACIÓN E INTEGRACIÓN DEL CÓDIGO PENAL DE LA NACIÓN, *Anteproyecto de Código Penal de la Nación*, [en línea] <http://www.infojus.gob.ar/docs-f/anteproyecto/anteproyecto-codigo-penal.pdf>
- CUNEO LIBARONA, CHRISTIAN, “El delito de sustracción de menores versus el de impedimento de contacto de los hijos menores con sus padres no convivientes”, *La Ley*, 17/08/2004.
- D’ALESSIO, ANDRÉS J. (dir.), DIVITO, MAURO (coord.), *Código Penal de la Nación. Comentado y Anotado*, Bs. As., La Ley, 2011.
- DE LUCA, JAVIER A., “Reincidencia, libertad condicional, reiteración delictiva y Constitución”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, año III, n° 3, Bs. As., La Ley, 2013.
- DELGADO, SERGIO, “La modificación de la regulación de la detención domiciliaria”, en *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, vol. 5, 2009.
- DÍEZ RIPOLLÉS, JOSÉ LUIS, “La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Regulación española”, [en línea] www.indret.com
- DI CORLETO, JULIETA y MONCLÚS MASÚ, MARTA, “El arresto domiciliario para mujeres embarazadas o madres de niños menores de cinco años”, en Anitua y Tedesco (comps.), *La Cultura Penal. Homenaje a Edmundo S. Henderler*, Bs. As., Editores del Puerto, 2009.
- DONNA, EDGARDO A., *Derecho Penal. Parte Especial*, t. II-A, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2011.
- ERBETTA, DANIEL, “Algunas reflexiones sobre la tipificación de los delitos de asociación ilícita terrorista y su financiación”, en *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, año 1, n° 4, Nova Tesis, 2007.
- ESTRELLA, OSCAR A. y GODOY LEMOS, ROBERTO, “Código Penal - Parte Especial. De los delitos en particular”, artículos 186/306, t. 3, 2ª ed., Bs. As., Hammurabi, 2007.
- FERRAJOLI, LUIGI, *Derecho y razón*, Ibáñez, Perfecto et al. (trads.), 9ª ed., Madrid, Trotta, 2009.
- FREEDMAN, DIEGO, “Consecuencias del interés superior del niño en los derechos sociales de la infancia”, en *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, vol. 2, 2011.
- FREEDMAN, DIEGO, “Prisión domiciliaria en la Argentina: algunas ideas para su adaptación a los estándares internacionales”, en *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, vol. 6, 2010.
- FONTÁN BALESTRA, CARLOS, *Tratado de Derecho Penal. Parte Especial*, t. V, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1969.
- GARGARELLA, ROBERTO, “Las razones del garantismo”, [en línea] <http://www.lanacion.com.ar/1667627-las-razones-del-garantismo>
- GERSCOVICH, CARLOS G., *Derecho Económico Cambiario y Penal. Incluye la Ley 19.359 de Régimen Penal Cambiario, comentada y concordada*, Bs. As., Lexis-Nexis, 2006.
- GIL DOMÍNGUEZ, ANDRÉS, “¿Ley antiterrorista o antigarantista?”, en Suplemento Especial *Nuevo Régimen Penal Tributario 2012*, Bs. As., La Ley, enero de 2012.
- GIL DOMÍNGUEZ, ANDRÉS, *Escritos sobre Neoconstitucionalismo*, Bs. As., Ediar, 2009.

- GIL DOMÍNGUEZ, ANDRÉS, FAMÁ, MA. VICTORIA y HERRERA, MARISA, *Ley de Protección Integral de niñas, niños y adolescentes. Derecho Constitucional de Familia. Comentada, Anotada y Concordada*, Bs. As., Ediar, 2007.
- GRISSETTI, RICARDO A. y GRISSETTI, ALEJANDRA, “Prisión domiciliaria. Mujer con hijo menor a cargo. Presupuestos para su procedencia”, *LLNOA*, marzo, 2011.
- GRISSETTI, RICARDO, “Prisión Domiciliaria e Igualdad de Género”, en *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, año III, n° 2, 2011.
- GUILLAMONDEGUI, LUIS, “Los principios rectores de la ejecución penal”, en *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, vol. 12, 2005.
- GULLCO, HERNÁN, “El uso de las categorías sospechosas en el derecho argentino”, en Alegre, y Gargarella (coords.), *El Derecho a la Igualdad. Aportes para un constitucionalismo igualitario*, 2ª ed., Bs. As., Abeledo Perrot, 2012.
- HAIRABEDIAN, MAXIMILIANO, *Tráfico de personas. La trata de personas y los delitos migratorios en el derecho penal Argentino e internacional*, Bs. As., Ad-Hoc, 2009.
- HORNLE, TATJANA, *Determinación de la pena y culpabilidad. Notas sobre la Teoría de la determinación de la pena en Alemania*, Bs. As., Fabián Di Plácido, 2003.
- ILHARRESCONDO, JORGE M., *Delitos Societarios*, Bs. As., La Ley, 2008.
- JAKOBS, GÜNTHER, *Derecho Penal Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, 2º ed. corregida, (J. Cuello Contreras y J. L. Serrano González de Murillo, trads.), Madrid, Marcial Pons, 1997.
- JESCHECK, H-H., *Manual de Derecho Penal. Parte General*, Bogotá, Temis, 1984.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, LUIS, *Tratado de Derecho Penal*, Bs. As., Losada, 1953.
- KANT, IMMANUEL, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, edición de San Juan (Puerto Rico), Pedro M. Rosario Barbosa, 2007.
- KENT, JORGE, “Madres en prisión”, *LL* 2009-B-1197.
- LÓPEZ, AXEL y MACHADO, RICARDO, *Análisis del Régimen de Ejecución Penal. Ley 24.660. Ejecución de la Pena privativa de la libertad. Comentarios. Jurisprudencia. Concordancias. Decretos reglamentarios*, Bs. As., Fabián J. Di Plácido, 2004.
- MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS DE LA REPÚBLICA ARGENTINA, DIRECCIÓN NACIONAL DE POLÍTICA CRIMINAL EN MATERIA DE JUSTICIA Y LEGISLACIÓN PENAL, SISTEMA NACIONAL DE ESTADÍSTICA SOBRE EJECUCIÓN DE LA PENA. Informe Anual 2012, [en línea] <http://www.infojus.gov.ar/sneep>
- MAPELLI CAFFRENA, BORJA, *Principios fundamentales del sistema penitenciario español*, Barcelona, Bosch, 1983.
- MARTÍN, ADRIÁN N., *Reformas penales y proporcionalidad de las penas —análisis crítico en los delitos con el uso de armas—*, Bs. As., Ediar, 2013.
- MOLINARIO, ALFREDO J., *Los delitos*, Bs. As., TEA, 1996.
- MÜLLER-TUCKFELD, JENS CHRISTIAN, “Ensayo para la abolición del derecho penal del medio ambiente”, en *La insostenible situación del derecho penal*, Instituto de Ciencias Criminales de Frankfurt, área de Derecho Penal de la Universidad Pompeu Fabra, Granada, Comares, 2000.
- NIÑO, LUIS y MARTÍNEZ, STELLA M., (coords.), *Delitos contra la libertad*, Bs. As., Ad-Hoc, 2010.

- OKLANDER, JUAN, *Introducción a la Ley 26.268 que reforma el Código Penal y la Ley “Anti-lavado”*, en *Enfoque* 2007, Sup. Act, Bs. As., 21/08/2007, 1.
- ORGEIRA, MARIANO, “El padre como sujeto activo del delito de sustracción de menores”, en *La Ley*, Suplemento Penal y Procesal Penal, 25/06/2007.
- PAMPILLO, LUCILA, “¿El fin justifica los medios?: La Asociación Ilícita Terrorista y el Financiamiento del Terrorismo”, en *La Ley*, ADLA Bol, 18/2007.
- PANTELIDES, EDITH y MORENO, MARTÍN J. (coords.), *Situación de la población en Argentina*, [en línea] <http://unfpa.org/psa/wp-content/uploads/2012/11/Argentina-Situacion-de-la-Poblacion-en-la-Argentina.pdf>
- PARODI, MA. CECILIA, “¿La prisión domiciliaria regulada exclusivamente para mujeres respeta por igual los derechos de los niños hijos de parejas heterosexuales y de parejas homosexuales?”, en *Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, vol. 59, 2013.
- PASTOR, DANIEL, “La recodificación penal en marcha. Una iniciativa ideal para la racionalización legislativa”, en *Revista Pensar en Derecho*, Eudeba/Facultad de Derecho (UBA), Bs. As., 2012.
- PAVARINI, M., *Un arte abyecto. Ensayo sobre el gobierno de la penalidad*, Bs. As., Ad-Hoc, 2006.
- POLITOFF L., SERGIO; MATUS A., JEAN PIERRE y RAMÍREZ G., MA. CECILIA, *Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte General*, Santiago de Chile, Jurídica de Chile, 2004.
- PINTO, MÓNICA, “El principio *pro homine*. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos”, [en línea] <http://www.corteidh.or.cr/tablas/20185.pdf>
- PIZOLLO, CALÓGENO, “La noción de igualdad en el bloque de constitucionalidad federal”, en *A 10 años de la Reforma de la Constitución Nacional*, Córdoba, Advocatus, Asociación Argentina de Derecho Constitucional, 2005.
- RESTON, MARÍA INÉS, “La responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en Divito y Vismara (dirs.), *Corte Suprema de Justicia de la Nación. Máximos Precedentes. Derecho Penal. Parte General*, t. II, Bs. As., La Ley, 2013.
- ROBLES PLANAS, RICARDO, “¿Delitos de personas jurídicas?”, [en línea] www.indret.com
- ROSENBERG, JENNIFER, *La niñez también necesita de su papá: hijos e hijas de padres encarcelados*, [en línea] http://www.quno.org/sites/default/files/resources/ESPAN%CC%83OL_Children%20need%20dads%20too.pdf
- ROXIN, CLAUS, *Derecho Penal. Parte General*, t. I, Madrid, Civitas, 1997.
- SALABER, RAMIRO, “Régimen penal cambiario: Nuevo fallo sobre aplicación de la ley penal más benigna”, Bs. As., La Ley, 2006-C, 504, 2006.
- SALT, MARCOS, “Los derechos fundamentales de los reclusos en Argentina”, en Rivera Beiras y Salt, *Los derechos fundamentales de los reclusos. España y Argentina*, Bs. As., Editores del Puerto, 1999.
- SANSONE, VIRGINIA, “Nueva legislación argentina sobre prisión domiciliaria para madres de hijos menores de edad”, en *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, vol. 5, 2010.
- SARAVIA FRÍAS, BERNARDO y MAZZINGHI, MARCOS, “La ley penal cambiaria y los principios generales del derecho penal común”, Bs. As., La Ley, 2008, 2008-F, 1364.
- SCHÜNEMAN, BREND, “La punibilidad de las personas jurídicas desde la perspectiva europea”, en Edgardo Donna (dir.), *Colección de*

- Autores de *Derecho Penal*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2009.
- SOLER, SEBASTIÁN, *Derecho Penal Argentino*, t. IV, TEA, Bs. As., 1992.
- SUEIRO, CARLOS C., “Actos comprendidos en la definición jurídica de Terrorismo”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, año II, n° 10, Bs. As., La Ley, 2012.
- SUEIRO, CARLOS C. y BIRRIEL, BIBIANA, “La banalidad del derecho penal posmoderno. Sobre los tipos penales de asociación ilícita terrorista y Financiación del Terrorismo (una nítida y clara proyección de la selectividad del poder punitivo internacional en la legislación local)”, en *Suplemento La Ley de Derecho Penal y Procesal Penal*, Bs. As., 27/12/2007.
- SUEIRO, CARLOS C. y MONTELEONE, ROMINA, “La facultad del organismo recaudador de asumir la función de querellante. Duplicación del Acusador Público o una eficiente protección del Bien Jurídico Hacienda Pública Nacional”, en *Periódico Económico Tributario*, año XV, n° 342, Bs. As., La Ley, 2006.
- SUEIRO, CARLOS C., “Delitos Económicos y crisis político-económica mundial,” en *Revista de Derecho Penal*, año II, n° 4, Bs. As., Ediciones Infojus, 2013.
- SUEIRO, CARLOS C., “El nuevo tipo penal de terrorismo. ¿Vestigio de un derecho anti-inseguridad?”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, año II, n° 6, Bs. As., La Ley, 2012.
- SUEIRO, CARLOS C., “La facultad de los organismos recaudadores de constituirse en parte querellante y el derecho de defensa del imputado. ¿Duplicación de la acusación estatal mediante la arrogación de facultades inherentes al Ministerio Público Fiscal o un eficiente resguardo del bien jurídico hacienda pública?”, en Diego Goldman (comp.), *Práctica Penal Tributaria. Prueba, proceso, dogmática y política criminal*, Bs. As., Editores del Puerto, 2012.
- TAZZA, ALEJANDRO O., y CARRERAS, EDUARDO, “La financiación del terrorismo en la nueva legislación”, *La Ley*, 20/04/2012.
- TRAHAN, JENNIFER, “*The Rome Statute’s Amendments on the Crime of Agression: Negotiations at the Kampala Review Conference*”, en *International Criminal Law Review*, n° 11, Martinus Nijhoff Publishers, 2011.
- VAN SCHAAK, BETH, “*Par in Parem Imperium Non Habet. Complementarity and the Crime of Aggression*”, [en línea] <http://jicj.oxfordjournals.org/content/10/1/133.full.pdf+html>
- ZAFFARONI, E. RAÚL y BAIGÚN, C., (dirs.) *Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, t. 5, Bs. As., Hammurabi, 2008.
- ZAFFARONI, E. RAÚL, ALAGIA, ALEJANDRO y SLOKAR, ALEJANDRO, *Derecho Penal. Parte General*, Bs. As., Ediar, 2000.
- ZAFFARONI, E. RAÚL, *El máximo de la pena de prisión en el derecho vigente*, Bs. As., La Ley, 10/05/2010.
- ZAFFARONI, E. RAÚL, *Estructura básica del derecho penal*, Bs. As., Ediar, 2009.
- ZAFFARONI, E. RAÚL, *La Pachamama y lo humano*, Bs. As., Colihue/Ediciones Madres de Plaza de Mayo, 2012.
- ZIFFER, PATRICIA S., *Lineamientos en la determinación de la pena*, 2ª ed., 2ª reimp., Bs. As., Ad-Hoc, 2013.

Índice Temático

A

ACCIÓN PENAL P. 35, 76, 81, 86, 87, 88

ANTEPROYECTO DE CÓDIGO PENAL DE LA NACIÓN P. 4, 8, 9, 11, 13, 14, 15, 17, 18, 19, 20, 23, 30, 31, 32, 34, 42, 45, 50, 62, 68, 75, 76, 91, 92, 109, 110, 112, 113, 115, 120, 123, 127, 130, 141
recodificación de la legislación penal P. 110, 112, 118, 124, 127, 128

ANTEPROYECTO DE LEY DE REFORMA, ACTUALIZACIÓN E INTEGRACIÓN DEL CÓDIGO PENAL DE LA NACIÓN *Véase* ANTEPROYECTO DE CÓDIGO PENAL DE LA NACIÓN

C

CÓDIGO PENAL P. 3, 4, 8, 9, 11, 13, 14, 15, 17, 18, 19, 20, 23, 24, 26, 28, 30, 31, 32, 34, 36, 37, 38, 42, 45, 50, 51, 52, 61, 62, 68, 75, 76, 79, 80, 81, 82, 86, 90, 91, 92, 104, 109, 110, 111, 112, 113, 114, 115, 118, 119, 120, 121, 122, 123, 124, 125, 126, 127, 129, 130, 131, 141

CONSTITUCIÓN NACIONAL P. 14, 20, 23, 27, 29, 30, 43, 50, 58, 59, 63, 64, 65, 69, 70, 75, 76, 77, 78, 79, 80, 81, 82, 87, 101, 102, 127, 139, 143

CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO P. 35, 40, 43, 58, 96, 97, 98, 99, 102, 103, 105

interés superior del niño P. 41, 91, 97, 98, 99, 100, 107, 152

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN P. 21, 26, 46, 48, 57, 58, 79, 97, 99, 104, 109, 123, 137, 138, 139, 140, 141, 145, 146

CRÍMENES CONTRA LA HUMANIDAD *Véase* DELITOS DE LESA HUMANIDAD

D

DELITOS DE LESA HUMANIDAD P. 119
Estatuto de Roma P. 29, 114, 119

DELITO DE SUSTRACCIÓN DE MENORES P. 31, 32, 34, 35, 38, 41, 42, 43
sustracción de hijo menor de diez años P. 31, 42

DERECHOS HUMANOS P. 20, 23, 27, 30, 58, 59, 78, 79, 102, 103, 108, 127, 135, 136, 137, 143

Convención Americana sobre Derechos Humanos P. 79, 97, 140

Declaración Universal de Derechos Humanos P. 58, 98, 101

Derecho Internacional de los Derechos Humanos P. 135, 137

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos P. 27, 67, 79, 98, 134

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales P. 98, 102

tratados de derechos humanos P. 23, 58, 78, 92, 93, 103, 107, 108

DETENCIÓN DOMICILIARIA *Véase* PRISIÓN DOMICILIARIA

E

EJECUCIÓN DE LA PENA P. 18, 24, 32, 125

G

GARANTISMO PENAL P. 22, 23, 66, 132

H

HÁBEAS CORPUS P. 117, 136

I

IMPEDIMENTO DE CONTACTO DEL MENOR CON EL PADRE NO CONVIENTE P. 19, 31, 32, 33, 35, 43, 117, 125, 152

L

LIBERTAD DE EXPRESIÓN P. 64, 65, 66, 67, 74

P

PENA P. 8, 18, 19, 22, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 32, 33, 35, 43, 49, 54, 55, 56, 57, 58, 68, 73, 74, 82, 83, 84, 88, 89, 100, 102, 103, 104, 107, 111, 114, 115, 116, 117, 119, 120, 122, 123, 125, 129, 130, 131, 132, 133, 134, 135, 136, 137, 138, 139, 140, 141, 143, 145, 147

cuantificación de la pena P. 130, 133, 134, 135, 137, 147

escala penal P. 11, 18, 19, 26, 28, 29, 32, 120, 122, 128

pena ilícita P. 129, 130, 145, 147

pena privativa de la libertad P. 27, 111, 125, 140

penas legales P. 132, 134, 144, 145

proporcionalidad de las penas P. 21, 153

PODER PUNITIVO P. 45, 74, 125, 130, 131, 133, 137, 145, 155

POLÍTICA CRIMINAL P. 6, 87, 89, 123, 155

PRINCIPIO DE CULPABILIDAD P. 48, 59, 122, 140

PRINCIPIO DE IGUALDAD P. 87, 106, 110, 127

igualdad de género P. 91, 102, 104

PRINCIPIO DE LEGALIDAD P. 20, 21, 70, 122, 131, 138

PRISIÓN DOMICILIARIA P. 91, 93, 104, 105, 106, 108, 154

PRISIÓN PREVENTIVA P. 25, 79, 80, 121, 135

PROSTITUCIÓN P. 3, 4, 5, 6, 7, 8, 10, 14, 15, 16
consentimiento de la víctima P. 3, 4, 5, 6, 7, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 152
promoción o facilitación de la prostitución P. 4, 5, 6, 14, 15, 16

R

REINCIDENCIA P. 8, 26, 27, 28, 123

RELACIONES FAMILIARES P. 35, 39, 95
patria potestad P. 33, 34, 36, 37, 38, 41, 42, 43, 96

RESPONSABILIDAD DE LA PERSONA JURÍDICA P. 48, 19, 118
disolución aparente de la persona jurídica P. 51, 54, 118
responsabilidad penal de las personas jurídicas P. 45, 46, 47, 48, 49, 53, 59, 60, 118

S

SEGURIDAD PÚBLICA P. 29, 68, 69

SUSPENSIÓN DEL JUICIO A PRUEBA P. 88, 89

T

TEORÍA DEL DELITO P. 47, 48, 49, 60, 71, 73, 114, 136
culpabilidad P. 48, 56, 59, 73, 74, 100, 112, 113, 115, 122, 132, 140, 145, 153

TORTURA Y OTROS TRATOS O PENAS CRUELES, INHUMANOS O DEGRADANTES P. 134, 135, 136, 141, 142

V

VULNERABILIDAD P. 5, 9, 10, 11, 12, 95

Esta publicación, con una tirada de 12.000 ejemplares, se terminó de imprimir en los Talleres Gráficos de la Cooperativa Campichuelo Ltda. en octubre de 2014.



Campichuelo 553 - C.A.B.A. - C1405BOG - Telefax: 4981-6500 / 2065-5202
campichuelo@cogcal.com.ar - www.cogcal.com.ar