

TRANSFERENCIA DE LA JUSTICIA PENAL ORDINARIA EN EL PROCESO DE AUTONOMÍA DE LA CABA III



**Transferencia de la justicia penal ordinaria
en el proceso de autonomía
de la CABA III**



www.editorial.jusbaire.gov.ar
editorial@jusbaire.gov.ar
fb: /editorialjusbaire
Av. Julio A. Roca 534 [C1067ABN]
+5411 4011-1320



Sello
**Buen
Diseño**
argentino

Transferencia de la justicia penal ordinaria en el proceso de autonomía de la CABA III / Rubén E. Figari ... [et al.] ; prefacio de Darío Reynoso. - 1a ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires : Editorial Jusbaire, 2019.
Libro digital, PDF

Archivo Digital: descarga y online
ISBN 978-987-768-067-6

1. Derecho Penal. I. Figari, Rubén E. II. Reynoso, Darío, pref.
CDD 345

© Editorial Jusbaire, 2019

Hecho el depósito previsto según Ley N° 11723

Declarada de interés por la Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Res. Nro. 543-2018

Consejo Editorial

Presidenta:

Vanesa Ferrazzuolo

Miembros:

Alberto Maques

Alejandro Fernández

Lidia Ester Lago

Carlos F. Balbín

Silvina Manes

Alejandra García

Editorial Jusbaire

Edición: Martha Barsuglia; María del Carmen Calvo

Corrección: Daniela Donni; Mariana Palomino; Julieta Richiello

Coordinación de Arte y Diseño: Mariana Pittaluga

Maquetación: Carla Famá

Comisión de Transferencia del Poder Judicial de la Nación y del Ministerio Público de la Nación a la CABA

Secretario de Comisión: Darío Ruiz

Unidad Asesora y de Seguimiento de Políticas de Transferencia

Elisabeth I. Berra; Flavia Lorenzo Piñón; María Cecilia Guglielmi; Ricardo De Giovanni

La presente publicación ha sido compuesta con las tipografías *Saira* del tipógrafo argentino Héctor Gatti para la fundidora Omnibus-Type y *Alegreya* de la fundidora argentina Huerta Tipográfica.



Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires
Consejo de la Magistratura

Autoridades 2019

Presidente

Alberto Maques

Vicepresidente

Alejandro Fernández

Secretaria

Lidia Ester Lago

Consejeros

Raúl Alfonsín

Silvia Bianco

Vanesa Ferrazzuolo

Anabella Hers Cabral

Darío Reynoso

Marcelo Vázquez

Administrador General

Luis Hernando Montenegro

ÍNDICE

Presentación.....	9
-------------------	---

Capítulo 1

Delitos contra la integridad sexual

Promoción o facilitación de la prostitución y agravantes (arts. 125 bis y 126 del Código Penal)	
Rubén E. Figari.....	15
El delito de captación sexual infantil por medios electrónicos (<i>grooming</i>)	
Mary Beloff, Diego Freedman, Mariano Kierszenbaum y Martiniانو Terragni.....	63

Capítulo 2

Delitos contra la libertad

Explotación del trabajo infantil, consentimiento y derecho penal	
Jorge Eduardo Buompadre.....	109

Capítulo 3

Delitos contra la seguridad pública

La conducción peligrosa (art. 193 bis CP)	
Gonzalo E. D. Viña.....	131

Capítulo 4

Delitos contra la Administración Pública

Castigo al delator falsario. Análisis del artículo 276 bis CP	
Marco Antonio Terragni.....	175

Capítulo 5

Delitos contra la fe pública

Juegos de azar	
José María Orgeira y Adrián R. Tellas.....	191

Presentación

El tercer tomo de esta obra, que aquí presentamos, tiene como finalidad brindar al lector herramientas teórico-prácticas para los operadores del sistema de justicia penal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Con soporte en la manda constitucional vigente desde la reforma operada en el año 1994, que reconoció la autonomía plena de la Ciudad de Buenos Aires, con facultades propias de legislación y jurisdicción (art. 129), las autoridades de la Ciudad transitamos un rumbo claro, directo y constante en pos de fortalecer las facultades jurisdiccionales, en nuestro afán de garantizar la igualdad de los porteños con el resto de los habitantes de los demás estados provinciales.

Como oportunamente mencionara en las presentaciones de los anteriores tomos que conforman esta obra, la Ciudad ha avanzado en el camino hacia la plena transferencia de competencias jurisdiccionales de la Nación. No ha sido un camino sencillo de recorrer. Por de pronto, la Ley nacional N° 24588 constituyó un obstáculo inicial al reconocimiento constitucional de las facultades jurisdiccionales de la Ciudad que exigió, de parte de las autoridades locales, la firma de convenios y el dictado de leyes que permitan un avance continuo y progresivo en el proceso de transferencia de competencias jurisdiccionales de la Nación hacia la Ciudad.

Así se rubricaron dos convenios: el primero, del año 2000, tuvo por objeto la transferencia de la competencia para investigar y juzgar hechos vinculados con el delito de tenencia, portación y suministro de armas de uso civil (Ley nacional N° 25752 y Ley N° 597 de la CABA); el segundo, de 2004, contempló la transferencia de competencias penales en la investigación y el juzgamiento de trece delitos (Ley nacional N° 26357 y Ley N° 2257 de la CABA).

Luego, en 2011 fue aprobada por el Honorable Congreso de la Nación la Ley N° 26702, que transfiere la competencia al ámbito de la CABA para investigar y juzgar más de treinta delitos vinculados a hechos que resultan complementarios de las competencias ya transferidas, delitos contra la Administración Pública, contra la fe pública

y vinculados a materias de competencia pública local (art. 1). Por otro lado, dicha ley le asigna al Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires la competencia para investigar y juzgar los nuevos delitos de competencia penal ordinaria, aplicables en su ámbito territorial, que se establezcan en lo sucesivo en toda ley de la Nación, salvo que expresamente se disponga lo contrario (art. 2). Asimismo, con fecha 7 de diciembre de 2017 se sancionó la Ley N° 5935 de la CABA, a partir de la cual se aceptó dicha transferencia de manera progresiva, estableciéndose dicha progresividad por resolución conjunta del Ministerio Público, aprobada por el Consejo de la Magistratura, la que ya se encuentra plenamente operativa al día de la fecha.

Desde la Comisión de Transferencia del Poder Judicial de la Nación y del Ministerio Público de la Nación a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires del Consejo de la Magistratura de la CABA (creada mediante Ley CABA N° 5569), que tiene por finalidad diseñar y ejecutar proyectos tendientes a lograr una efectiva transferencia de la justicia nacional al ámbito local, nos encontramos acompañando este proceso de transferencia. Desde este lugar no sólo hemos bregado por actualizar nuestro Código Procesal Penal de la CABA (RES. CM N° 76/2017 y 103/2017), sugiriendo propuestas de reforma para hacerlo más dinámico y eficaz, sino que también somos conscientes de la importancia de generar un espacio de reflexión y debate, que brinde un soporte teórico-práctico sobre las nuevas competencias penales.

En esta ocasión, con el afán de sensibilizar a los operadores del sistema y responsables de las políticas públicas que involucran el proceso de transferencia, y en mi carácter de Presidente de la Comisión creada a tal fin, me honro en presentar el tercer tomo de esta obra, que contiene jurisprudencia actualizada y doctrina de acreditados autores nacionales sobre los nuevos delitos de competencia penal ordinaria establecidos en leyes nacionales transferidos a la CABA (art. 2 de la Ley N° 26702), con el objetivo de fortalecer su conocimiento y estudio. Concretamente nos referimos a los siguientes tipos penales: a) conducción peligrosa (art. 193 bis del CP); b) arrepentido que maliciosamente entregue datos falsos (art. 276 bis CP); c) explotación del trabajo infantil (art. 148 bis CP); d) captación sexual infantil por medios electrónicos o *grooming* (art. 131 CP); e) juego ilegal (art. 301 bis CP); y f) promoción o facilitación de la prostitución y sus agravantes (arts. 125 bis y 126 CP).

Nótese que no se trata de tipos penales sencillos ni de hechos de menor relevancia penal. Al contrario, estamos en presencia de tipos penales complejos, que involucran diversos bienes jurídicos tutelados, con amplias escalas penales, que requieren de parte de los operadores un singular estudio de la materia.

No tengo dudas de que este nuevo libro constituirá un singular aporte para fortalecer el sistema judicial, en procura de una mejora en el trabajo de magistrados, funcionarios y empleados de nuestro Poder Judicial, y una contribución al proceso de consolidación de la plena autonomía de nuestra Ciudad.

Dr. Darío E. Reynoso*

* Consejero del Consejo de la Magistratura de la CABA. Presidente de la Comisión de Transferencia del Poder Judicial de la Nación y del Ministerio Público de la Nación a la CABA.

Capítulo 1

Delitos contra la integridad sexual

Promoción o facilitación de la prostitución y agravantes (arts. 125 bis y 126 del Código Penal)

Rubén E. Figari*

Antecedentes históricos

Tal como lo relata Buompadre el fenómeno de la prostitución es tan antiguo que resulta difícil rastrear su origen, no en vano se la considera “la profesión más antigua del mundo”. Parece ser que de acuerdo a ello se remonta a las sociedades más primitivas donde no existían los tipos de códigos o reglas y la mujer consistía en un simple objeto, como uno más para goce de aquellos que debían proveer las necesidades primarias; ello se conocía como la prostitución hospitalaria.

En la India y China los burdeles se conocían desde el siglo IV a. C. y en la antigua Grecia las prostitutas estaban “jerarquizadas” –desde trabajadoras de la calle hasta la hetairas– de allí que la prostitución venal fue en los albores de la historia un acto religioso, predicado en el templo de la diosa del amor y el dinero ingresaba en las arcas del templo. Las “hieródulas de Amaitis” en Armenia, de Afrodita en Corinto, o las bailarinas religiosas de los templos de la India –Bayaderas– fueron las primeras prostitutas, de modo que la prostitución era considerada por entonces un deber de las mujeres y fue ejercida más adelante por estas sacerdotisas en reemplazo por todas las demás. Pero, tres mil

* Abogado egresado de UNC en 1971. Doctor en Ciencias Jurídicas egresado de la Escuela de Posgrado de la UN de LM. Posgrado en Derecho Penal y Procesal Penal de la Facultad de Derecho de Ciencias Sociales de la UCC. Profesor de Derecho Penal I y Derecho Penal II de la UNSL en la carrera de Ciencias Jurídicas (FCEJS). Miembro titular de la Academia Nacional de Derecho de Córdoba (Secretaría Villa Mercedes, San Luis). Miembro del Comité de Redacción de la Revista de Derecho Penal y Criminología de la Ed. La Ley. Asistente y ponente en diversos congresos referidos al fuero Penal y Procesal Penal. Investigador y ensayista. Colaborador en aportes sobre la Parte Especial para la Comisión encargada de elaborar un Anteproyecto de Código Penal de la Nación (Dec. N° 678/12) 2012/13. Autor, coautor y colaborador en 33 libros relacionados al fuero Penal y Procesal Penal y autor de más de 70 artículos publicados en diversas revistas digitales e impresas en papel.

años a. C. en Babilonia todas las mujeres tenían la obligación –al menos alguna vez en su vida– de acudir al santuario de Militta –equivalente a la Afrodita griega– para practicar sexo con un extranjero como muestra de hospitalidad a cambio de un pago simbólico.

Siguiendo con esta cronología histórica, en otras partes tales como Asia, África, Chipre y Fenicia se pasa a la forma de prostitución religiosa o sagrada en virtud de la cual las mujeres jóvenes ofrecían su cuerpo al Dios de su culto que estaba representado en la persona del sacerdote. Esta gama existió en los primeros tiempos de Grecia y allí también se creó una gran casa pública donde las mujeres ejercían la prostitución, mantenidas y administradas por el Estado. La prostitución masculina, por otra parte, acabó por tomar tanto incremento desde el siglo V a. C. en Grecia y desde la época imperial en Roma que llegó al mismo nivel que la prostitución femenina. Asimismo, era frecuente que los hombres se prostituyesen a las mujeres.

En Roma a pesar de las leyes prohibitivas existían los prostíbulos, tanto las prostitutas como las que las dirigía debían escribir sus nombres en registro ediles de los que nunca se les borraba. Más adelante se crearon los “lupanares” –equivalentes al *dicterion* griego– que debían estar fuera de la ciudad y el Senado estableció una división entre prostituta de estos lugares –fijos o legales– y las errantes o clandestinas. Ambas eran condenadas a la infamia pública al igual que las que facilitaban la prostitución.

Durante el imperio de Diocleciano en Roma la prostitución bajó gracias a la reevaluación social y religiosa producida por el cristianismo, mas con la caída de Roma en 414 d. C., los bárbaros reprimieron totalmente la prostitución, así como los emperadores cristianos. Constantino fue uno de los más fervientes defensores de la moral romana limitando el libre accionar de los homosexuales, en realidad todos los emperadores cristianos y especialmente Justiniano trataron de consolidar las costumbres del Imperio imponiendo reglamentos a los baños públicos.

En el siglo IX Carlomagno ordenó el cierre de los establecimientos donde las mujeres tenían relaciones sexuales promiscuas y dispuso el destierro de las prostitutas; tales medidas resultaron irrelevantes dada la corrupción de las costumbres.

Durante la Primera Cruzada, algunas mujeres pagaban su viaje a Tierra Santa vendiéndose en las ciudades de la ruta a Jerusalén, incluso se llegaron a crear verdaderos burdeles en torno de la Tienda Real. En

la Edad Media, en tiempos de las Cruzadas, se toleraba a las prostitutas por considerarlas un mal necesario, entretenimiento para los soldados que combatían por el Señor y la defensa de la moral de los hogares.

Napoleón en Francia, decidió adoptar un “modelo reglamentarista” de la prostitución a partir el siglo XVII, tal como aconteció en algunas provincias argentinas a comienzos del siglo XIX, por el crecimiento de las enfermedades venéreas, los vicios, el desorden social y la indecencia.

En Alemania desde 1870 y en adelante se permitió el ejercicio de la prostitución, aunque sometido a controles de las trabajadoras sexuales.¹

Finalmente, en la actualidad la mayoría de los países adoptan el sistema abolicionista donde no se castiga en sí mismo la prostitución, pero sí los hechos relacionados con ella.²

Cabe acotar que con la vigencia de los tratados internacionales que albergan normas al respecto de la dignidad de la persona humana, se ha puesto énfasis sobre esta cuestión, toda vez que en cierto modo se traduce en una suerte de reducción a la esclavitud, de allí su tratamiento y análisis en los organismos internacionales.

Sistemas regulatorios

Ante este fenómeno inveterado que tiene sus orígenes en los albores de la humanidad se han tratado de establecer sistemas que enmarquen dicha actividad ante la inevitable imposibilidad de su erradicación.

a) El sistema *reglamentarista* consiste en que el Estado tolera, reconoce y admite la prostitución, autorizando el funcionamiento de casas de tolerancia y consecuentemente la del regenteador, quien se inscribe en registros municipales y pago de impuestos. Se imponen restricciones, prevenciones sanitarias, por ejemplo, revisiones periódicas médicas a la persona que ejerce la prostitución con el objetivo de proteger la salud pública. Se consideraba a los prostíbulos como un mal necesario al que las reglamentaciones procuraban ser menos pe-

1. Villada, Jorge Luis, *Delitos sexuales y trata de personas*, Buenos Aires, La Ley, 3^{ra} ed. actualizada y ampliada, 2017, pp. 323-328.

2. Buompadre, Jorge, *Derecho Penal. Parte Especial*, Corrientes, Mave, 2^{da} ed. actualizada, 2003, T. I, pp. 428-429.

ligrosos. Sólo se perseguían a los prostíbulos ilícitos o clandestinos y esas reglamentaciones provenían de las municipalidades.

Los detractores de este sistema sostienen que los exámenes médicos, realizados en gran número de mujeres, lejos de tener rigor científico se limitaban a revisiones superficiales que no garantizaban la salud de las personas observadas, creando así, una falsa confianza en los frecuentadores de prostíbulos que dejan de lado medidas de prevención profiláctica. Se agrega también, que para que el examen médico sea efectivo, debería realizarse cada vez que la prostituta mantiene relación con un cliente. Se combate, asimismo, al sistema por razones de índole ética, ya que este admite e impone al Estado que reconozca y transe con actividades altamente inmorales e ilícitas como la trata de mujeres y el proxenetismo. La reglamentación de la prostitución significa el reconocimiento y la legalización de formas esclavistas unánimemente proscriptas en convenios y tratados internacionales.³ Según se aprecia es y era un sistema muy propio de los países latinos, aunque en realidad se inició en Francia. Los precedentes del Código, el de 1886, la Ley de reformas N° 4189, la Ley Palacios N° 9143, como el Código de 1921, en realidad se inclinaron por el sistema reglamentarista el cual recién finiquita con la sanción de la Ley N° 12331 (sancionada el 17/12/1936, BO N° 12754 del 11/01/1937 - ADLA 1920 - 1940 - 703).

b) El sistema *abolicionista* tiene como objetivo justamente abolir todo tipo de reglamentación a fin de desvincular al Estado de la prostitución. Si bien puede constituir un hecho de índole inmoral, esto no la hace un delito, empero sí se pune al proxeneta o intermediario y se extiende la abolición de las casas de tolerancia.

Según Estrella y Godoy Lemos la adhesión a este sistema es prácticamente unánime por parte de la doctrina, pues se afirma que libera a las prostitutas de sus explotadores, a las que considera unas víctimas de coacciones morales, físicas, sociales y económicas. Se propugna la adopción de medidas preventivas y rehabilitatorias, de naturaleza socio-pedagógica, tendientes a la supresión, o por lo menos a la máxima disminución posible, de este fenómeno social. Los numerosos acuerdos

3. Estrella, Oscar y Godoy Lemos, Roberto, *Código Penal. Parte especial. De los delitos en particular*, Buenos Aires, Hammurabi, 2^{da} ed. actualizada y ampliada, 2007, T. I, p. 498; Estrella, Oscar, *De los delitos sexuales*, Buenos Aires, Hammurabi, 2005, p. 181; Reinaldi, Víctor, *Los delitos sexuales en el Código Penal argentino: ley 25.087*, Córdoba, Marco Lerner, 2^{da} ed. actualizada, 2005, pp. 205-206; Buompadre, Jorge, *op. cit.*, p. 430.

y convenios internacionales establecidos en torno a esta materia han concluido en la conveniencia de la adopción de este sistema, y una notable mayoría de países orientan sus legislaciones hacia el abolicionismo.⁴

Citan algunos autores, que en 1874 Josefina Buttler fundó la “Federación Británica, Continental y General para la Abolición de la prostitución, especialmente considerada como Institución legal o tolerada” y se declaraba que

Considerando que el simple hecho de la prostitución personal y privada no pertenece sino a la consciencia, y no constituye delito, la Federación declara que la intervención del Estado en materia de costumbres debe limitarse a los siguientes puntos: [...] represión a los atentados al pudor cometidos contra menores y contra mayores cometidos por medios violentos o fraudulentos; represión de los ultrajes al pudor público; represión de las provocaciones públicas al libertinaje; represión del proxeneta.⁵

Con la sanción de la Ley de Profilaxis Venérea N° 12331⁶ de 1936 se adopta el sistema abolicionista prohibiendo en todo el territorio de la República la instalación de casas o locales donde se ejerza la prostitución o se incite a ella y se convierte en delito la actividad de los que administren, sostengan o regenteen dichas casas –proxeneta o rufián–, pero no se prohíbe el ejercicio de la prostitución en forma individual por la mujer.

Es decir que de acuerdo al contenido abolicionista que adopta la Ley N° 12331 se castiga al proxeneta o rufián que sostiene, administra o regentea una casa de tolerancia, pero –como se dijo más arriba– no prohíbe la prostitución ejercida individualmente por una mujer u hombre, ya que aquella fue considerada en su momento por los autores de la misma como un hecho inmoral, pero no ilícito.

Por ende, y de acuerdo a lo establecido en la norma en cuestión, debe entenderse por casa de tolerancia al local donde varias personas,

4. Estrella, Oscar y Godoy Lemos, Roberto, *op. cit.*, p. 499; Estrella, Oscar, *op. cit.*, p. 182.

5. *Ibíd.*, pp. 182 y 499.

6. Art. 15: “Queda prohibido en toda la República el establecimiento de casas o locales donde se ejerza la prostitución o se incite a ella”.

Art. 17: “Los que sostengan, administren o regenteen, ostensible o encubiertamente, casas de tolerancia, serán castigados con una multa de doce mil quinientos pesos como mínimo y ciento veinticinco mil pesos como máximo. En caso de reincidencia sufrirán prisión de uno a tres 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”.

convivan allí o no, ejerzan la prostitución en forma habitual, sostenido, administrado o regentado por un tercero, lenón o proxeneta, o por una de las personas que también ejerce la prostitución, requiriendo el concepto la presencia de un intermediario.⁷

Esta situación se presentó con algunos vaivenes en la jurisprudencia pues la Cámara Criminal y Correccional de la Capital, en pleno, en el fallo “Rodríguez Blasa” del 27/03/40 (LL 20-1) por simple mayoría resolvió que el ejercicio de la prostitución por la mujer, en forma individual e independiente en un local, configura la infracción prevista reprimida por el artículo 17 de la Ley N° 12331, dándole a dicho ordenamiento el alcance prohibicionista que no se compatibiliza con el texto del mismo, con la consiguiente creación por analogía, estableciendo el delito de ejercicio de la prostitución. Dicho pronunciamiento mereció el reproche de la doctrina y posteriormente la jurisprudencia retomó la interpretación correcta.

En 1944 se promulgó el Decreto N° 10638 (sancionado 28/04/1944, BO N° 14890 del 05/05/1944 - ADLA 1944 - 267) –Presidencia del Gral. Pedro Pablo Ramírez– ratificado por la Ley N° 12912 (sancionada el 19/12/1946, BO N° 15813 del 11/07/1947 - ADLA 1947 - 71) –Presidencia del Gral. Juan Domingo Perón– que modificaba los artículos 15 y 17 de la Ley N° 12331, implantando de esta manera un reglamentarismo en materia de prostitución, pues se daba autorización a la instalación de casas de tolerancia, alterando de manera básica el sistema consagrado por la Ley N° 12331. Dichas casas de tolerancia debían ser autorizadas por la Dirección Nacional de Salud Pública, con aprobación del Ministerio del Interior y posteriormente por el Ministerio de Salud Pública de la Nación. Se agregaba que en el artículo 17 el simple ejercicio de la prostitución por la mujer, en su casa, en forma individual e independiente y sin afectar el pudor público no constituía delito. Y en el artículo 15 se modificaba el texto porque tampoco se consideraba delito las tareas de gestión o administración realizadas por mujeres, en establecimiento autorizado según ese artículo.

Es así que en razón de ese decreto, entre 1944 y 1949 se autorizó el funcionamiento de prostíbulos en zonas militares o navales.

El Decreto N° 22532 (sancionado 30/12/1954, BO N° 18966 del 18/01/1955 - ADLA 1955 - A- 42) –Presidencia del Gral. Juan Domingo

7. Jiménez De Asúa, Luis, “La prostitución y el delito. Tipicidad e interpretación de la ley 12.331”, en *El criminalista*, La Ley, 2ª edición, 1946-1952, T. I, citado por Estrella, Oscar, *op. cit.*, p. 184.

Perón– amplió el reglamentarismo del anterior decreto pues extendía la facultad de instalación de casas de tolerancia que tenía exclusivamente la Dirección de Salud Pública, otorgándosela también a los gobiernos de provincia, territorios nacionales y a la intendencia de la Ciudad de Buenos Aires. Pero este decreto duró poco pues con el avenimiento de la denominada Revolución Libertadora por medio del Decreto N°4863 (sancionado 06/12/1955, BO N° 18966 del 22/06/1959 - ADLA 1959 - A- 419) –Presidencia del Gral. Pedro Eugenio Aramburu– fue derogado, sin embargo en forma un tanto extraña no se publicó en el Boletín Oficial sino hasta el 22 de junio de 1959. Empece a ello siguió rigiendo el Decreto N° 10638, pues en 1959 se hizo publicar el decreto de 1955 y recién en 1965 se sancionó la Ley N° 16666 (sancionada 24/06/1965, BO N° 20737 del 16/07/1965 - ADLA 1965 - B- 1174) –Presidencia del Dr. Arturo Illia– que lo derogó y devolvió los arts. 15 y 17 de la Ley N° 12331 a su redacción original. Pero la Ley de facto N° 17567 al imponer un nuevo texto al art. 126 del CP y quedar comprendidas las conductas previstas en las disposiciones de la Ley N° 12331, la deroga. La Ley N° 20509 deja sin efecto la Ley N° 17567, por lo que quedan en vigencia las disposiciones de 1936. La Ley de facto N° 21338 no obstante no haber restablecido el texto del art. 126, volvió a derogarlas y fueron puestas nuevamente en vigor por la Ley N° 23077. Por último la Ley N° 25087 mantiene en vigencia la Ley N° 12331.

Las denominadas “casas de tolerancia” son lugares en los cuales un proxeneta *sostiene* –tiene o mantiene o presta un apoyo o auxilio material para que ese local sirva a su fin–. Se ha entendido, jurisprudencia mediante, que sostiene una casa de tolerancia quien intermedia entre quienes pretenden publicar avisos en medios gráficos ofreciendo trato sexual por dinero⁸ y la agencia que los brindaba, recibiendo el causante la publicidad en condiciones diversas a otras agencias, en especial, sin requerir documento de identidad personal; *administra* –ejerce la autoridad en su gobierno– es decir, que se exige determinada conducta tendiente a ejercer el mando sobre la casa de tolerancia, circunstancia que puede superponerse con la conducta siguiente, ya sea obtener un rendimiento respecto de la actividad que allí se desempeña⁹ o *regentea*

8. Prohibición por Decreto N° 936/2011 de publicación del “Rubro 59”.

9. Christen, Adolfo y Morosi, Guillermo, “Ley 12.331 Profilaxis Antivenérea”, en D’Alessio, Andrés (dir.), Divito, Mauro (coord.), *Código Penal comentado y anotado. Leyes penales comentadas*, Buenos Aires, La Ley, 2dª ed., actualizada y ampliada, 2009-2010, T. III, p. 115.

–ejerce un cargo ostentado superioridad– es decir que el agente ejerce un cargo superior o de mando sobre quienes trabajan en el lugar. Ello se encuentra prohibido justamente por la Ley N° 12331, pero es obvio que funciona bajo formas encubiertas, tales como establecimientos de casas de baño sauna o de masajes.¹⁰ Algunos tribunales se han pronunciado en casos específicos¹¹ e incluso han declarado la inconstitucionalidad del art. 17 de la Ley N° 12331.¹² Esto último ha merecido la crítica de un informe realizado por el UFASE –Unidad Fiscal de Asistencia en Secuestros Extorsivos y Trata de Personas– con fecha 08/02/10 defendiendo la constitucionalidad de la norma, y la importancia de sus efectos en lo que respecta a la investigación y represión del delito de trata de blancas, remarcando, entre otras consideraciones, que los prostíbulos constituyen el destino por excelencia de la trata de personas con fines de explotación sexual, y que la norma mediante la prohibición de las casas de tolerancia intenta justamente prevenir y combatir este flagelo, protegiendo la libertad en general y la integridad sexual.

c) Finalmente, el sistema *prohibicionista* que considera a la prostitución como un delito; consecuentemente, los clientes serían “codelin-cuentes” por tratarse de un delito de acción bilateral. Este es un sistema un tanto utópico pues nunca se ha podido implementar en ningún lado.

Antecedentes legislativos nacionales

Se ha podido apreciar que desde el Código Tejedor que en el Título III “De los crímenes y delitos contra la honestidad” en el Capítulo III “Del estupro y corrupción de menores en el artículo 259”;¹³ Proyecto Villegas-Ugarriza-García de 1881 en el Título VI “Delitos contra el orden de

10. Reinaldi, Víctor, *op. cit.*, pp. 206-208; Estrella, Oscar y Godoy Lemos, Roberto, *op. cit.* p. 502; Estrella, Oscar, *op. cit.*, pp. 184-186.

11. Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional, Sala V, “C., C. M. s/inf. Ley N° 12331”, 26/09/2008. Disponible en: elDial.com (referencia: AA4CC8).

12. Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional Federal, Sala I, “Rojas, Isabel y otras” 19/08/2009, *LL Online*. Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional, Sala I, “C. B., D.”, 04/11/2009, *LL Sup. Penal*, 2010 - 69.

13. Art. 259: “El que habitualmente o con abuso de autoridad o confianza promoviere o facilitare la prostitución o corrupción de menores de veinte años, para satisfacer los deseos de otros, será castigado con un año de prisión”; ver “Código Tejedor” en Zaffaroni, Eugenio Raúl y Arnedo, Miguel Alfredo, *Digesto de codificación penal argentina*, Buenos Aires, AZ Editora, 1996, T. I, pp. 378-379.

la familias y la moral pública”, Capítulo II “Violación, estupro, corrupción de menores, raptó, ultraje públicos a las buenas costumbres” en los artículos 276¹⁴ y en el 277;¹⁵ Código de 1886 en el Título III “Delitos contra la honestidad” Capítulo III “Estupro y corrupción de menores” en el artículo 132;¹⁶ Proyecto Piñero-Rivarola-Matienzo de 1891 en el Título II “Delitos contra la honestidad” Capítulo II “Corrupción de menores” en los artículos 154¹⁷ y 155;¹⁸ Proyecto Segovia de 1895 en el Título II “Delito contra la honestidad y buenas costumbres” Capítulo III “Corrupción de menores” en los artículos 170¹⁹ y 171;²⁰ la Ley N° 4189 de 1903 en el Título III “Delitos contra la honestidad” en el Capítulo III “Estupro y corrupción de menores” en el artículo 19 inc. g²¹ y h;²² Proyecto de 1906 en el

14. Art. 276: “El que promoviere o facilitare, para satisfacer las paciones de otro, la prostitución o corrupción de menores de uno u otro sexo será castigado con la pena de prisión mayor, si los menores no tuvieran catorce años cumplidos. La pena será prisión menor, si los menores hubieren pasado de esta edad”.

15. Art. 277: “El hecho enunciado en el artículo precedente será castigo con pena de penitenciaría menor si se hubiera ejecutado con un niño que no hubiese cumplido once años”.

16. Art. 132: “El que habitualmente o con abuso de autoridad o confianza, promoviere o facilitare la prostitución o corrupción de menores, será castigado con prisión de uno a tres años, si la menor tuviese menos de diez y ocho años y más de catorce, y con penitenciaría por tres a seis años, si la menor tuviere menos de catorce años cumplidos”.

17. Art. 154: “El que promoviere o facilitare la prostitución o corrupción de menores de diez y ocho años, para satisfacer el deseos ajenos, será reprimida con penitenciaría de seis meses a dos años”.

18. Art: 155: “La pena será de dos a seis años de penitenciaría, si el hecho se hubiere cometido con algunas de las circunstancia siguientes: 1° si el menor no tuviere doce años cumplidos; 2° si el autor fuere ascendiente, afín en línea recta ascendiente, marido o persona encargada de la educación o guarda de la víctima”. Ver, en la misma obra, “Exposición de Motivos”, T. II, pp. 414-415.

19. Art. 170: “El que promoviere o facilitare la prostitución o corrupción de menores de catorce años, para satisfacer la lujuria de otro, será reprimido con penitenciaría de tres meses a un año si el hecho no importara un delito de pena mayor”.

20. Art. 171: “La pena será de dos a cinco años de penitenciaría en los casos siguientes: 1° cuando el menor no tuviere doce años cumplidos; 2° cuando el autor fuere marido de la víctima o una de las personas designadas en el número 2° del artículo 165, con excepción del hermano y de los descendientes; 3° cuando el autor cometa el delito habitualmente.

21. Art. 19, inc. g: “El que promoviere o facilitare la prostitución o corrupción de menores de diez y ocho años, para satisfacer deseos ajenos, será castigado con uno a tres años de prisión. En caso de nueva condena será deportada.

22. Art. 19, inc. h: “La pena será de tres a seis años de penitenciaría: 1° si el menor no tuviere doce años cumplidos; 2° si el autor fuera ascendiente, afín en línea recta ascendiente, marido o persona encargada de la educación o guarda de la víctima”.

Título III “Delito contra la honestidad”, Capítulo III “Corrupción y ultrajes al pudor” en los artículos 127,²³ 128,²⁴ 129²⁵ y 131;²⁶ Proyecto de 1917 en el Título III “Delitos contra la honestidad” en el Capítulo III “Corrupción y ultraje” en los artículos 125²⁷ y 126;²⁸ “Código de 1921” en el Título “Delitos contra la honestidad” en el Capítulo III “Corrupción y ultraje al pudor” en los artículos 125 y 126 se repiten las fórmulas del Proyecto de 1917; Proyecto Coll-Gómez de 1937 en el Título II “Delitos contra la honestidad” en

23. Art. 127: “Será reprimido con prisión de seis meses a cuatro años, el que satisfacer deseos propios

24. Art. 128: “Será reprimido con la misma pena , el que para satisfacer deseos, promoviere o facilitare la corrupción o prostitución de persona mayor de 18 años, por medio de fraude, o con la ayuda de violencia, amenaza, abuso de autoridad o cualquiera otros medios de coacción”.

25. Art. 129: “Si se encontrare en una casa de prostitución pública o clandestina una víctima de los delitos previstos en los dos artículos anteriores, se presumirá, salvo prueben lo contrario, que la persona o personas regente de dicha casa, son autores o coautores del delito”.

26. Art. 131: “Será reprimido con prisión de seis meses a cuatro años, de que por medio de fraude, o por medio de violencia, amenaza, abuso de autoridad o cuales quiera otros medios de coacción, hubiere detenido o facilitado o permitido la detención de una persona, aunque sea mayor, contra su voluntad, aun por causas de deudas, en caso de prostitución, o la hubiese obligado a entregarse a la prostitución”. Ver “Exposición de Motivos” en T. 3, p. 298.

27. Art. 125: “El que con ánimo de lucro y para satisfacer deseos propio o ajenos, promoviere o facilitare la prostitución o corrupción de menores de edad, sin distinción de sexo aunque mediare el consentimiento de la víctima, será castigado: 1º con reclusión o prisión de cuatro a quince años si la víctima fuere menor de doce años; 2º con reclusión o prisión tres a diez años si la víctima fuera mayor de doce años y menor de diez y ocho; 3º con prisión de dos a seis años, si la víctima fuera mayor de diez y ocho años y menor de veintidós. Cualesquiera fuera la edad de la víctima, la pena será de reclusión o prisión desde diez a quince años cuando mediare engaño violencia, amenaza, abuso de autoridad, o cualquier otro medio de intimidación o coacción, como también si el autor fuera ascendiente, marido, hermano, tutor o persona encargada de la educación o guarda, o que hiciera con ella vida marital”.

28. Art. 126: “Será reprimido con reclusión o prisión de cuatro a diez años, el que con ánimo de lucro satisfacer deseos ajenos, promoviere o facilitare la corrupción o prostitución de mayores de edad, mediando engaños, violencia, amenaza, abuso de autoridad, o cuales quiera otros medios de coacción aunque hubiere consentimiento de la víctima. Si mediare fraude o engaño, la pena será de uno a tres años de prisión”. Ver “Exposición de Motivos” en T. 4, pp. 108-109.

los artículos 170,²⁹ 171³⁰ y 172;³¹ Proyecto Peco de 1941 en el Título V “Delito contra las buenas costumbres” Capítulo III “Delitos contra la libertad y dignidad de las personas” en los artículos 193³² y 194³³ y Ley de facto N° 21338 que sólo sustituyó en el artículo 125 inciso 3 “y menor de veintidós” por “menor de veintiuno” se regulaba la promoción y facilitación de la prostitución en forma conjunta con la corrupción.

Es a partir del Proyecto de 1951 donde se produce el desdoble de ambas conductas. En efecto, en el Título V “De los delitos contra la moralidad pública y las buenas costumbres” Capítulo II “Ofensas al pudor y al honor sexual” se trata la cuestión en el artículo 277.³⁴

29. Art. 170: “Al que por con cualquier propósito, para satisfacer deseos ajenos, promoviere o facilitare la prostitución o corrupción de un menor, induciéndolo a realizar actos sexuales con un tercero se le impondrá: 1°. Reclusión o prisión de diez a diez y ocho años si la víctima fuera un menor de menos de catorce años; 2°. Prisión de tres a seis años si la víctima fuere un menor mayor de catorce años y de menos de diez y ocho; 3°. Prisión de uno a tres años si la víctima fuere un menor mayor de diez y ocho años”.

30. Art. 171: “Se impondrá reclusión o prisión de diez a dieciocho años, si en los casos de los incisos 2 y 3 del artículo anterior, mediare engaño, violencia, intimidación, abuso de autoridad o cualquier medio coercitivo; si el autor fuera ascendiente, marido, hermano, tutor, guardador o persona a quien el menor le hubiere sido confiado para su educación, instrucción profesional o para cualquier trabajo a realizarse bajo su autoridad o dependencia; o si, siendo la víctima una menor, hiciera con ella vida marital”.

31. Art. 172: “Se impondrá prisión o reclusión de seis a doce años, al que, con cualquier propósito, para satisfacer deseos ajenos, promoviere o facilitare la corrupción o prostitución de mayores de edad, mediando engaño, violencia, intimidación, abuso de autoridad o cualquier otro medio de coerción; o si el autor es marido de la víctima o hace con ella vida marital”. Ver “Exposición de Motivos” en T. 4, pp. 616-617.

32. Art. 193: “Al que para servir la lascivia ajena, promoviere la prostitución o corrupción de una persona menor edad o estado de enfermedad o deficiencia psíquica, se le aplicará privación de libertad de dos a ocho años. Si hubiere facilitado la prostitución o corrupción, se aplicará aplicación de libertad de uno a cinco años. La sanción se aumentará en un tercio en los casos siguientes: 1°. Si la víctima no ha cumplido quince años; 2°. Si hubiere mediado engaño fuerza o intimidación”.

33. Art. 194: “Al que para servir la lascivia ajena, promoviere la prostitución o corrupción de una persona mayor de edad, se le aplicará aplicación de libertad de tres a diez años siempre que concurra algunas de estas circunstancias: 1°. Si mediare engaño, fuerza, o intimidación; 2°. Si el autor fuera ascendiente, marido, amante, hermano, tutor o curador, o se le hubiere confiado a la persona por motivos de cura, educación, instrucción, vigilancia o custodia. Si hubiere facilitado la prostitución o corrupción se le aplicará privación de libertad de dos a siete años”. Ver “Exposición de Motivos” en T. 5, pp. 278-279.

34. Art. 277: “Al que promoviere o facilitare el trato sexual promiscuo de personas, se impondrá prisión de tres a diez años: 1) El sujeto pasivo fuere menor de veintiún años

El Proyecto de 1953 en el Título V “Delitos contra la honestidad y buenas costumbres” en el Capítulo III “Delitos contra la libertad sexual y las buenas costumbres” hablaba de ello en el artículo 202.³⁵

El Proyecto Soler de 1960 en el Título III “Delitos contra el pudor y la moralidad sexual” en el Capítulo III “Corrupción, proxenetismo y rufianería” bajo el nombre de “Proxenetismo” se refería al tema en los artículos 169³⁶ y 170.³⁷ No preveía específicamente la promoción o facilitación de la prostitución de mayores, aunque en el artículo 169 no se pone límite a la edad.

La Ley de facto N° 17567 separa el delito de prostitución del delito de corrupción que venían normados en forma conjunta en el “Código de 1921” conservando la rúbrica en el Título y el Capítulo y el aporte lo hace en los artículos 126³⁸ y 126 bis.³⁹

La Ley N° 20509 deroga las disposiciones comprendidas –en lo que hace a esta temática– de la Ley N° 17567 volviendo al texto originario del Código Penal.

o se hallare en las condiciones contempladas en el inciso 2° del artículo 264, aunque, siendo la víctima menor o incapaz hubiere consentido; 2) El sujeto pasivo fuere mayor de veintiún años y mediare violencia física, amenaza o engaño”.

35. Art. 202: “Al que promoviere o facilitare a persona de uno u otro sexo el trato sexual en forma promiscua y habitual, se impondrá prisión de seis a dieciséis años: 1) Cuando la víctima tuviere menos de veintidós años de edad, aunque hubiere consentido; 2) Cuando se encontrare en imposibilidad de resistir; 3) Cuando la víctima tuviere veintidós o más años de edad y se hubiere empleado engaño, violencia o intimidación. La pena correspondiente se elevará en un tercio cuando el agente obrare con propósitos de lucro”.

36. Art. 169: “El que con ánimo de lucro o para satisfacer deseos ajenos promoviere o facilitare la prostitución de una persona, sin distinción de sexo, será reprimido con prisión o reclusión de tres a seis años y con multa no menor de cien días”.

37. Art. 170: “La pena será de cuatro a doce años de prisión o reclusión: 1) Si la víctima fuere menor de diez y ocho años de edad; 2) Cuando mediare engaño, violencia, abuso de autoridad o cualquier medio de intimidación o coerción, 3) Si el autor fuere ascendiente, descendiente, marido, hermano, tutor o encargado de la educación, guarda o custodia de la víctima”.

38. Art. 125: “El que con ánimo de lucro o para satisfacer deseos ajenos promoviere o facilitare la prostitución de una persona sin distinción de sexo será reprimido con reclusión o prisión de tres a seis años y multa de veinte mil a ciento cincuenta mil pesos”.

39. Art. 126 bis: “La pena será de cuatro a doce años de reclusión o prisión o multa de treinta mil a doscientos mil pesos; 1°. Si la víctima fuera menor de dieciocho años; 2°. Cuando se empleare engaño, violencia, abuso de autoridad o cualquier medio de intimidación o coerción; 3°. Si el autor fuere ascendiente, descendiente, marido, hermano, tutor o encargado de la educación, guarda o custodia de la víctima”. Ver “Exposición de Motivos” en T. 7, p. 72.

El Proyecto de 1979 en el Título III “Delitos contra el pudor y la moralidad sexual” en el Capítulo “Corrupción, proxenetismo y rufianería” regulaba el proxenetismo en el artículo 173⁴⁰ y las agravantes se plasmaban en el artículo 174.⁴¹

El Anteproyecto de Reforma integral del Código Penal del MJDHN en el Título V “Delitos contra la integridad y la libertad sexual” legisla la cuestión en trato en los artículos 156⁴² y 157.⁴³

La Ley N° 26842 (BO N° 32550 del 27/12/2012) modificó los artículos 125 bis y 126 que son los que están vigentes actualmente.

El Anteproyecto de Reforma Integral del Código Penal de 2014 en el Título V “Delitos contra la integridad y la libertad sexual” trata la promoción y facilitación de la prostitución en los artículos 129⁴⁴ y 130.⁴⁵

40. Art. 173: “El que habitualmente lucrare explotando la prostitución de personas de uno u otro sexo, será reprimido con reclusión o prisión hasta cinco años y con multa no inferior a cien días”.

41. Art. 174: “La pena será de tres a ocho años de reclusión o prisión: 1) Si alguna de las personas explotadas fuere menor de dieciocho años; 2) Cuando mediare engaño, violencia, abuso de autoridad o cualquier medio de intimidación o coerción, 3) Si el autor fuere ascendiente, descendiente, marido, hermano, adoptante o encargado de la educación, guarda o custodia de alguna de las personas explotadas”.

42. Art. 156: “Se impondrá prisión de tres a ocho años al que promoviere o facilitare la prostitución de menores de dieciocho años. Se impondrá prisión de tres a diez años al que promoviere o facilitare la prostitución de menores de trece años. La pena prevista en los casos anteriores se elevará en un tercio del mínimo y del máximo si el hecho se cometiera con violencia, engaño, abuso de autoridad o cualquier medio de intimidación o coerción o si el autor, fuera ascendiente, cónyuge, conviviente estable, hermano, tutor o encargado de la educación o guarda del menor”.

43. Art. 157: “Será reprimido con prisión de dos a seis años, el que con ánimo de lucro o para satisfacer deseos ajenos promoviere o facilitare la prostitución de mayores de dieciocho años de edad mediando engaño, abuso de una relación de dependencia o de poder, violencia, amenaza o cualquier otro medio de intimidación o coerción”.

44. Art. 129: “1. Se impondrá prisión de cuatro a diez años, al que promoviere o facilitare la prostitución de menores, aunque mediare el consentimiento de la víctima. 2. Será penado con prisión de seis a doce años, el que cometiere el hecho con violencia, engaño, abuso de autoridad o cualquier otro medio de intimidación o coerción, o si el autor tuviere o se valiere de una previa relación familiar, afectiva, de autoridad o de ascendiente sobre la víctima. 3. Si la víctima fuere un menor de trece años, la pena será de prisión de seis a doce años”.

45. Art. 130: “1. Será reprimido con prisión de tres a ocho años y multa de sesenta a trescientos sesenta 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 a seis años y multa de sesenta a trescientos

Finalmente, el denominado Anteproyecto de Reforma “Comisión Borinsky” 2017/2018 en el Título III “Delitos contra la integridad sexual”, Capítulo 3 “Promoción y facilitación de corrupción y prostitución de personas menores de edad, y rufianismo” le destina el artículo 126⁴⁶ y en el Capítulo 4 “Explotación sexual” en el artículo 127⁴⁷ y en el Capítulo 5 habla de la “Promoción y facilitación de la prostitución de mayores” en el artículo 128.⁴⁸

sesenta 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”. Ver “Exposición de Motivos” en *Anteproyecto de Código Penal de la Nación*, Buenos Aires, Infoleg, 2014, pp. 199-200.

46. Art. 126: “Se impondrá prisión de diez a quince años, el que promoviere o facilitare la prostitución de una persona menor de dieciocho años, aunque mediare el consentimiento de la víctima”.

47. Art. 127: “Se impondrá prisión de cuatro a quince años, al que explotare económicamente el ejercicio de la prostitución de una persona, aunque mediare el consentimiento de la víctima. La pena será de seis a quince años de prisión: 1° Si mediare engaño, fraude, violencia, amenaza, abuso de autoridad o de una situación de vulnerabilidad, o cualquier otro medio de intimidación o coerción, o mediare concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre la víctima. 2° Si el autor fuere ascendiente, descendiente, afín en línea recta, cónyuge, conviviente, hermano, tutor, curador, autoridad o ministro de cualquier culto reconocido o no, o encargado de la educación o de la guarda de la víctima. 3° Si el autor fuere funcionario público o miembro de una fuerza de seguridad, policial o penitenciaria. Si la víctima fuere una persona menor de dieciocho años, la pena será de diez a quince años de prisión”.

48. Art. 128: “Se impondrá prisión de uno a cuatro años, al que, sin estar comprendido en los casos del artículo 127, con ánimo de lucro promoviere o facilitare de cualquier otro modo la prostitución de una persona mayor de dieciocho años, aunque mediare el consentimiento de la víctima. Si mediare engaño, violencia, amenaza, abuso de autoridad o de una situación de vulnerabilidad, o cualquier otro medio de intimidación o coerción, o mediare concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre la víctima, la pena será de cuatro a ocho años de prisión. En los casos del párrafo anterior, si el autor fuere ascendiente, descendiente, afín en línea recta, cónyuge, conviviente, hermano, tutor, curador, autoridad o ministro de cualquier culto reconocido o no, o encargado de la educación o de la guarda de la víctima, o fuere funcionario público o miembro de una fuerza de seguridad, policial o penitenciaria, la pena será de seis a ocho años de prisión”.

Concepto de prostitución

El concepto de “prostitución” se ha caracterizado como un trato sexual promiscuo, habitual y por precio. Esos tres requisitos tradicionalmente se han considerado necesarios para que se configure la prostitución. El trato carnal-venal, realizado circunstancialmente con determinadas personas, no llega a ser prostitución, porque falta la entrega indiferenciada, al margen de los impulsos de la libido, que es lo que hace de la prostitución la característica de un modo de vivir, que por algo se lo llama “comercio”. Es una actividad.⁴⁹

Soler también considera que la prostitución es la actividad consistente en entregarse habitualmente a tratos sexuales con personas más o menos determinadas, que eventualmente lo requieren, generalmente lleva un fin de lucro y constituye un modo de vivir y aunque el caso corriente es el de la mujer, no está excluido el hombre de este género de actividades. “La prostitución ha de ser promovida o facilitada como *prostitución*, es decir, como estado y no como un mero acto sexual irregular y accidental o como simple concubinato”.⁵⁰ Es decir, que de la aserción de Soler subyace la idea de que no necesariamente la prostitución requiere que responda a una finalidad del lucro al utilizar la expresión de que “generalmente” lleva ese fin. Sin embargo, resulta atinada la observación de Núñez en el sentido de que el no cobro de un precio y la entrega sexual a personas determinadas obedece al propio vicio erótico y la razón determinante reside en una excesiva apetencia sexual, la cual es una corrupción de la modalidad de la conducta sexual en sí misma. “La distinción legal de los conceptos de prostitución y corrupción exige aquí la interpretación restrictiva del primero”.⁵¹

En síntesis, en estos casos más bien cabe hablar de corrupción y no de prostitución cuando la entrega sexual es indiscriminada y sin la obtención de un precio sino que responde al propio vicio erótico.

Creus y Buompadre sostienen que no se puede decir que el lucro sea indispensable porque en él residen la depravación de los motivos sexuales; también es una motivación depravada la de entregarse ha-

49. Fontán Balestra, Carlos, *Tratado de Derecho Penal. Parte especial*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2^{da} ed. actualizada por Guillermo Ledesma, 1992, p. 124.

50. Soler, Sebastián, *Derecho Penal argentino*, Buenos Aires, TEA, 1970, T. III, p. 311.

51. Núñez, Ricardo, *Tratado de Derecho Penal*, Córdoba, Marco Lerner, 1988, T. III, Vol. II, p. 342; Reinaldi, Víctor, *op. cit.*, pp. 199-200.

bitualmente a sujetos indeterminados, no por lucro ni en razón del propio vicio erótico, sino por otros motivos, como por ejemplo motivaciones religiosas de algunas sectas:

... con lo cual no parece que el lucro sea típicamente indispensable, aunque no dejaría de ser una disposición relativamente académica en nuestra realidad social actual, donde normalmente la prostitución se ejerce por lucro. De más está explicar que ese propósito se compatibiliza con el deseo de obtener beneficios materiales, aunque no consistan en dinero, siempre que representen la transferencia de bienes por cualquier persona y no ventajas que sólo pueden conceder determinadas personas (no se habrá prostituido la mujer que se entrega sólo a cierto personal jerarquizado de una empresa para obtener un puesto en ella o los gerentes de los bancos de la localidad donde vive, para que le permitan girar en descubierto.⁵²

Reinaldi critica la anterior argumentación en la cual se sostiene que no necesariamente debe haber entrega venal para que haya prostitución porque tanto la motivación lucrativa como las otras son motivaciones “depravadas”, pues –señala el autor cordobés– precisamente por serlo, afectan los modos de la relación sexual, que resultan excesivos, y no estrictamente su motivación.⁵³

Para De Luca y López Casariego habrá prostitución si una persona se entrega al trato sexual con otra por dinero, con lo cual, dicen, se prescinde de “etiquetamientos peyorativos”. Por otra parte, entienden que la exigencia de que se trata de un estado lleva al cuestionamiento sobre si este se alcanza después de alguna cantidad de prácticas de este tipo y si es prostituto/a la persona que ya ha puesto a la venta sus servicios sexuales pero aún no ha concretado ninguno. Y agregan:

El concepto es que las capacidades sexuales de esa persona deben estar a la venta. Pero no puede derivarse del concepto de “venta” una obligación de yacer con todo aquel que pague el precio, porque el/la prostituto/a pueden elegir sus clientes y, aun así, hay prostitución. De ahí que el concepto de demandantes indeterminados debe ser precisado. Posiblemente aquellas definiciones intentan precaverse de innumerables casos de la realidad en lo que resulta bastante dificultoso determinar si se trata de prostitución o no, como el de quien consiente la relación sexual a cambio de *cualquier* benefi-

52. Creus, Carlos y Buompadre, Jorge, *Derecho Penal. Parte especial*, Buenos Aires, 7^{ma} edición actualizada y ampliada, Astrea, 2007, T. I, p. 233.

53. Reinaldi, Víctor, *op. cit.*, p. 202.

cio de apreciación económica, lo que daría lugar a sospechar de las “relaciones de conveniencia”. Pero debe tenerse en cuenta que la prostitución exige que el acto sexual determinado sea causado por un precio concreto que el/la demandante paga por él y no consiste en una relación personal más o menos estable en la que se intercambian un conjunto de conductas en otros planos. De otro modo, toda unión entre personas de distinta condición económica definiría a la de bajos o nulos ingresos como prostituta. Por otra parte, la prostitución en sí misma no es un comportamiento delictivo. La conducta sancionada consiste en promover o facilitar esa conducta.⁵⁴

Al margen de este tipo de disquisiciones lo concreto y real es que la prostitución se ha considerado como la entrega del propio cuerpo para prestaciones sexuales a un número indeterminado de personas por un precio.^{55 56}

Es menester poner en claro que la realización por parte de una persona de un acto carnal por lucro o eventuales entregas por lucro a una misma personas no implica un estado de prostitución, en última instancia podrá tildarse de una desarreglada conducta sexual. Asimismo, el precio, que según se vio, constituye uno de los requisitos del término que se está tratando, no debe ser identificado con el ánimo de lucro y con el actual texto legal ya no se persigue la “satisfacción de deseos propios o ajenos”.

Otro elemento al que se hizo alusión era el referente a la indeterminabilidad de las personas que participan en la entrega sexual, esto hace a la promiscuidad. Carrara enfatizaba sobre la multiplicidad y el precio.⁵⁷

54. De Luca, Javier y López Casariego, Julio, *Delitos contra la integridad sexual*, Buenos Aires, Hammurabi, 2009, pp. 161-162 y en Baigún, David, Zaffaroni Eugenio (dir.), Terragni, Marco (coord.), *Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial. Parte especial*, Buenos Aires, 2^{da} edición, actualizada y ampliada, Hammurabi, 2010, T. 4, pp. 701-702.

55. La voz deriva del latín *prosto* que significa “mostrarse”, “exponerse”, “ofrecerse”, o sea que adquiere carácter de comercio público que la mujer –o el hombre– se ofrezca a cualquiera con carácter habitual, en sentido de profesional y mediante precio (Cfme. Goldstein, Raúl, *Diccionario de Derecho Penal y Criminología*, Buenos Aires, Astrea, 1993, p. 773). “Práctica promiscua y sin pudor de actos carnales, en forma más o menos permanente, por precio o beneficio” (Cfme. Moreno Rodríguez, Rogelio, *Diccionario de Ciencias Penales*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2001).

56. Figari, Rubén, *Delitos de índole sexual. Doctrina nacional actual*, Río Cuarto, Córdoba, S&S Editores, 2^{da} edición actualizada y ampliada 2011, p. 355.

57. Carrara, Francesco, *Programa de Derecho Criminal. Parte Especial*, Colombia, Temis, reimpresión de 6^{ta} edición, 2001, T. VIII, Vol. VI, § 2979.

Se debe destacar que el perfil sexual que puede tener esta actividad abarca los coitos normales o anormales, o cualquier otro tipo de actividad o tocamientos sexuales, aunque no signifiquen verdaderos accesos carnales. Tal cual como lo adelantaba Soler, la prostitución no sólo puede ser ejercida por la mujer, sino también por el hombre.

En tren de definiciones se puede destacar la que considera un criterio restrictivo de prostitución entendida como la prestación onerosa de un servicio sexual. Aquí se debe poner en relieve el carácter económico del contrato sexual que no se limita únicamente al dinero, sino que se extiende a cualquier tipo de prestación o beneficio, incluyendo la entrega de bienes en general –sean muebles o inmuebles–, sustancias tóxicas o la obtención de un beneficio por el tercero contratante del servicio sexual. Asimismo no es requisito que exista coincidencia entre la persona que recibe tal servicio y el que lo cumple con la contraprestación onerosa.⁵⁸

Tipo básico

De acuerdo a la reforma puesta de manifiesto por la Ley N° 26842 (BO N° 32550 del 27/12/2012), el artículo 125 bis ha quedado redactado de la siguiente forma: “El que promoviere o facilitare la prostitución de una persona será penado con prisión de cuatro a seis años de prisión, aunque mediare el consentimiento de la víctima”.

Bien jurídico protegido

Definitivamente, el bien jurídico tutelado es la autodeterminación del sujeto pasivo en el sentido de que se tiende a evitar que la persona que ejerce la prostitución sea explotada por terceros, fundamentalmente por organizaciones dedicadas a la trata de personas. Si bien el tipo básico habla simplemente de la promoción o facilitación de la prostitución de una persona, aunque mediera su consentimiento, de hecho no se discrimina ya si es mayor o menor, situación que ha quedado reservada para la agravante. Esto se pone en énfasis en el derecho a la incolumidad del trato sexual derivado de la dignidad que

58. Aboso, Gustavo, *Código Penal de la República Argentina. Comentado, concordado con jurisprudencia*, Buenos Aires-Montevideo, BdeF, 3^{ra} edición, 2016, p. 642.

se tiene por el sólo hecho de ser personas, en definitiva, derecho a la libertad sexual, y en el supuesto de los menores de dieciocho años, se trata de proteger una adecuada educación en el ejercicio de la sexualidad y su normal desarrollo psicofísico.

Tipo objetivo

Las conductas típicas consisten tanto en la *promoción* como en la *facilitación*, es decir que lo que se pune son esas conductas y no el mero ejercicio de la prostitución.

Se puede adunar que, dadas las características de esta figura, como se ha explicitado *ut supra*, la relación debe ser venal, habitual y con persona indeterminada.

“Promoción” es la actividad desplegada por el sujeto activo que inicia en el sexo a una persona por dinero y la incita a mantener contactos de esa naturaleza con terceros en las mismas condiciones, los mantenga o intensifique, si es que ya tiene el estado de prostitución; por ejemplo, quien procura que el sujeto pasivo, en lugar de buscar clientes en la calle, ingrese en una casa de tolerancia o prostíbulo.⁵⁹ Esto significa que se está ante un delito de mera conducta que en realidad consiste en incitar, determinar, convencer a otro de que “comience a ejercer” o “siga ejerciendo” la prostitución. Por ende se trata de un delito de peligro pues no se necesita obtener resultado alguno.⁶⁰

Gavier explícitamente dice que se promueve cuando el autor con su comportamiento material o mediante expresiones verbales o escritas significativas, impulsa, incita o trata de inducir –con la nueva redacción “a una persona”– para que ejerza la prostitución, para que continúe ejerciéndola o para que la ejerza más activamente y lo punible no es entonces el ejercicio de la prostitución, ni el pago del precio por el cliente, sino la actividad realizada por el autor tendiente a introducir a la víctima en el modo de vida que implica el ejercicio de la prostitución, o a mantenerse o intensificar el que ya tenía.⁶¹ Aquí el promotor actúa como autor o coautor.

59. Ejemplo dado por Creus, Carlos y Buompadre, Jorge, *op. cit.*, p. 233.

60. Villada, Jorge, *op. cit.*, p. 345.

61. Gavier, Enrique, *Delitos contra la integridad sexual*, Córdoba, Marcos Lerner, 1999, p. 76.

Se deja en claro que el cliente de la persona que ejerce la prostitución y que solamente abona el precio y cumple con él la actividad sexual acordada no lo convierte en promotor o facilitador de la prostitución.⁶²

“Facilita” el que allana o hace más sencillo los obstáculos que pueden hallarse para la autoprostitución de la persona o el sujeto activo que proporciona los medios para que caiga, se mantenga o se agrave aquel estado tal como cuando se analizaba la promoción. La facilitación puede darse por medio de conductas positivas, tal es el caso de ceder una habitación para que ejerza la prostitución o le proporcione clientes, o por medio de omisiones devenidos de deberes de guarda o educación, de vigilancia o protección jurídicamente impuestos, es decir, omisiones impropias o de comisión por omisión. Esto último, como en el caso de la facilitación de la corrupción, se encuentra discutido.

Se habla de autoprostitución porque en este caso la víctima ya se encuentra inmersa en ese contexto y quien facilita la prostitución solamente allana el camino de quien ya tomó una decisión de ejercer la prostitución o lo ha hecho por iniciativa de un tercero, pero en cambio no sólo allana sino que favorece esa práctica y aquí la conducta del favorecedor tiene una connotación con la del cómplice pues no es otra cosa que una cooperación, ayuda o auxilio a quien está promoviendo la prostitución de una persona y la gradación de cómplice primario o secundario dependerá del aporte que al efecto haga.⁶³

62. Donna, Edgardo, *Delitos contra la integridad sexual*, Santa Fe, 2^{da} edición actualizada, Rubinzal-Culzoni, 2005, p. 152; Estrella Oscar y Godoy Lemos, Roberto, *op. cit.*, pp. 502-503; Estrella, Oscar, *op. cit.*, p. 187; Reinaldi, Víctor, *op. cit.*, p. 213; De Luca, Javier; López Casariego, Julio, *op. cit.*, pp. 162-163 y en Baigún, David y Zaffaroni, Eugenio, (dirs.), Terragni, Marco (coord.), *op. cit.*, p. 702, quienes consideran que para prostituirse se necesitan dos personas, la que cobra y la que paga, pero en el caso del que facilita o promueve no puede ser uno de esos dos, porque de otra manera se llegaría a una conclusión absurda de que la/el prostituta/o también facilita o promueve la propia prostitución y desde el lado del cliente, este no realiza dichos actos, sino que se requiere de un acto de prostitución. No lo considera de esta manera Tenca, Adrián, *Delitos Sexuales*, Buenos Aires, Depalma, 2001, p. 168.

63. Gavier, Enrique, *op. cit.*, p. 77: “Quienes prestan ayuda o cooperación al que promueve, son partícipes y no autores del delito de facilitar la prostitución; porque para que *el autor pueda promover*, es preciso que sea él quien impulsa a la víctima, lo que quiere decir que la determinación no proviene de ella, que es el caso de quien facilita”. (Cfme. Fontán Balestra, Carlos y Millán, Carlos, *La reformas al Código Penal ley 17567*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1968, p. 126).

Tal cual como se hace referencia al abordar la promoción o facilitación de la corrupción, en la prostitución también es irrelevante el consentimiento de la víctima como lo expone el artículo 125.

Desde luego, la nueva redacción del artículo 125 bis trae aparejado un cambio de visión en la concepción del delito, pues la promoción y/o facilitación de la prostitución ajena pasó a estar conceptualizada como una forma de explotación. De esta manera lo recepta el inciso c) del artículo 2 de la Ley de Prevención y Sanción de Trata de Personas y Asistencia a sus Víctimas)⁶⁴ de lo que deriva consecuentemente a la irrelevancia del consentimiento de las personas mayores de edad objeto de esas prácticas.⁶⁵

Va de suyo que en el artículo 125 bis el sujeto activo reside en la persona que promueve o facilita la prostitución de otro, y abarca a otras personas, más allá de los clásicos lenón, proxeneta o alcahuete, pues al definir las conductas específicas de “promover” o “facilitar” sin otro aditamento –como lo hacía el texto originario–, el autor ya no se reduce a un agente intermediario en la prostitución, que concierta una relación sexual, y se despega del que explota la prostitución ajena, pues tal conducta está contemplada en otra figura –artículo 127 del CP–. Entonces en el supuesto que se trata no es necesario que el autor procure obtener para sí una ganancia o provecho material, tal como lo exigía la anterior redacción del artículo 126 para el caso de víctimas mayores de edad. En esta alternativa, se debe recalcar que el tipo se distingue del previsto en el artículo 127 ya que el 125 bis sanciona a quien promueve o facilita la prostitución y el 127, a quien explota las ganancias que la otra persona obtiene con ese ejercicio.

64. El art. 2 de la Ley N° 26364 de Prevención y Sanción de la Trata de Personas y Asistencia a sus Víctimas con las reformas introducidas por la Ley N° 26842, establece que “A los fines de esta ley, se entiende por explotación la configuración de cualquiera de los siguientes supuestos, sin perjuicio de que constituyan delitos autónomos respecto del delito de trata de personas: [...] c) Cuando se promoviere, facilitare o comercializare la prostitución ajena o cualquier otra forma de oferta de servicios sexuales ajenos”, aclarándose luego que “El consentimiento dado por la víctima de trata y explotación de personas no constituirá en ningún caso causal de eximición de responsabilidad penal, civil o administrativa de los autores, partícipes, cooperadores o instigadores” (art. 2, *in fine*).

65. En este sentido De Luca, Javier y Lancman, Valeria, “Promoción y Facilitación de la Prostitución. Código Penal Comentado de acceso libre”, en revista *Pensamiento Penal*. Disponible en: www.pensamientopenal.com.ar [fecha de consulta: 21/08/2018].

La ley quiso concentrarse en la conducta de aquellos que, de algún modo, configuran formas que contribuyen a la degradación humana. Si se quiere, puede considerarse que son formas incipientes o que contribuyen a la explotación de los seres humanos en materia sexual. Ya al quitarle cualquier clase de efecto al consentimiento de quienes se prostituyen, la ley concibe que las personas que ejercen tal actividad no lo hacen porque le place o con un consentimiento informado y libre. No son casos de violencia sexual ni de aprovechamiento de la actividad sexual de otro. Se trata de castigar a todo aquel que contribuye a la prostitución simple otros.⁶⁶

Villada alega que “prestar” o ceder gratuitamente una casa de fin de semana o un departamento deshabitado para que un amigo/a ejerza prostitución, ya es delito –puesto que *iure et de iure* no interesa el consentimiento de la víctima– y además la facilitación o promoción no requieren –por ley– que sea a título de lucro.⁶⁷ Con respecto a esta última afirmación si bien el artículo originario hablaba de ánimo de lucro o para satisfacer deseos propios o ajenos, siempre se entendió doctrinariamente que la prostitución –como ya se ha definido *ut supra*– constituye un comercio sexual de prestación indeterminada y por precio dejando de lado la otra connotación concerniente en la satisfacción de deseos propios o ajenos.

Estrella y Godoy Lemos destacan el caso de que no puede incluirse entre los facilitadores al esposo con relación al otro cónyuge al que está legalmente unido en matrimonio, menor de dieciocho años, que ejerce la prostitución, porque sobre aquel no pesan otros deberes que no sean los de carácter moral.⁶⁸ Este razonamiento queda totalmente descartado en razón de lo dispuesto expresamente por el artículo 126 inciso 2 del CP que entre los sujetos que agravan la figura básica, incluye al cónyuge.

66. Ídem.

67. Villada, Jorge, *op. cit.*, p. 346.

68. Estrella, Oscar y Godoy Lemos, Roberto, *op. cit.*, p. 503; Estrella, Oscar, *op. cit.*, pp. 187-188. Alegan que el esposo no tiene un deber jurídico de educación o protección de la esposa, sino sólo un deber moral impuesto por razones de amabilidad o de buenas costumbres. Entiendo que dada la amplitud concedida con la reforma al bien jurídico protegido, no me parece atendible tal justificación de que sea “un deber de carácter meramente moral”. Además de la razón dada por el art. 126 inc. 2.

Sujeto activo y pasivo

El sujeto pasivo, con la reforma, ahora se trata de una persona que puede ser de uno u otro sexo, como así también el sujeto activo. Si bien ya no lo dice el artículo 125 bis como antes lo hacía el artículo 125 –“sin distinción de sexo”– queda claro que así es.

Tipo subjetivo

Se trata de un delito de dolo directo, genérico, habida cuenta de que se ha eliminado el elemento subjetivo que requería del autor como era el ánimo de lucro, satisfacción de deseos sexuales de terceros o propios. “No basta el dolo eventual porque el dolo no abarca aquellas acciones mediante las cuales se puede llegar, eventualmente, a prostituir”.⁶⁹ En cuanto al tema del error se han producido algunos fallos interesantes y destaco uno que oportunamente captó mi atención y lo comenté.⁷⁰ Se trataba del caso de una persona autora –quien

69. Reinaldi, Víctor, *op. cit.*, p. 214.

70. “Albergo razonables dudas sobre que la imputada (y todas sus circunstancias) haya obrado con el dolo típico, y muchas más dudas sobre que su error sobre que no estaba prohibida la conducta desarrollada deba considerarse vencible en su particular caso, dudando especialmente sobre que pueda acaso concebir (ni ella ni nadie) que lo que hizo esté más gravemente penado que facilitar o incluso cometer un homicidio. (Dr. Mestres, según su voto). Se trata, el que nos ocupa, de un delito en el que lo que se facilita o promueve ni siquiera es delito (la prostitución), lo que nutre de perplejidad la noción de la antijuricidad misma. (Dr. Mestres, según su voto). Es un delito de creación política del estado, no un delito natural (matar, violar, robar). (Dr. Mestres, según su voto). El Dr. Zaffaroni enseña que, respecto al modo de determinar la calidad de vencible o no del error “no puede haber reglas fijas o inmovibles; siempre habrá que analizar las particularidades de cada caso, examinando las condiciones personales del agente (como son –entre otras– el grado de instrucción, el medio cultural y la actividad que realiza), las circunstancias del hecho (por ejemplo la posibilidad de acudir a un medio idóneo de información) las contradicciones de la jurisprudencia y de las resoluciones administrativas, la oscuridad de la ley. (Dr. Mestres, según su voto). Sobre esa base el error será invencible cuando el sujeto no haya tenido la oportunidad de informarse adecuadamente y no le sea exigible que imaginase la criminalidad de su conducta. (Dr. Mestres, según su voto). Cualquier información en principio confiable, puede transformar un error en invencible”. Cita de Zaffaroni en p. 264; D’Alessio, Andrés, *Código Penal Comentado y Anotado, La Ley 2007*, T. 1 (Dr. Mestres, según su voto). ¿Acaso no cabe entender como información confiable el que nunca tuvieron reproches, ni ella, ni su madre, ni la abuela, por parte de quien para ella es la ley (la policía)? Distinto será el caso para el futuro, pues la existencia

era a su vez, hija de una mujer que ejercía la prostitución y nieta de una abuela dedicada a la misma “profesión”– del delito de promoción y facilitación de la prostitución, agravada por el vínculo en concurso real con lesiones leves calificadas, en virtud de la cual la jueza de grado le había impuesto una pena de diez años de prisión, accesorias legales y costas, confirmando parcialmente la condena en lo que hace a las lesiones agravadas por el vínculo y revocándola –con una disidencia– con respecto a la promoción y facilitación de la prostitución agravada por el vínculo. Esto último en razón de que la condenada incurrió en un error de prohibición. En oportunidad de efectuar un comentario a dicha decisión judicial manifesté que en principio se debía dejar fuera

de esta causa, su desarrollo y culminación, cabrá si tenerla por adecuada información a los efectos de eventuales reiteraciones. (Dr. Mestres, según su voto). Cuando de acuerdo a las circunstancias personales del agente el error fuera inevitable o invencible habrá inculpabilidad o eliminación de la culpabilidad (art. 34 inc. 1). Cuando, en cambio, el error es imputable al autor, no elimina la reprochabilidad, pero comúnmente llevará a la reducción de la pena por atenuación de la culpabilidad. (Del voto en disidencia del Dr. Ríos). En el mundo de la realidad la regla es el error vencible o evitable. La cuestión es importante, para desalentar la indiferencia absoluta y la despreocupación por la ley (Roxin, p. 863); de otra manera bastaría con no tomar conciencia del tipo para quedar a salvo de la amenaza de la pena, de modo que ya no se castigaría lo que el legislador describe, sino lo que el destinatario de la ley considera prohibido. (Del voto en disidencia del Dr. Ríos). En la especie la acusada habría incurrido en un error de prohibición vencible o evitable porque no se trataba de un caso “donde la formación de dudas era materialmente imposible, ni la mujer poseía razones sensatas para suponer el carácter permitido de su hecho”. (Del voto en disidencia del Dr. Ríos). Dado que el Código Penal no contiene una fórmula general de culpabilidad disminuida “no resta otra solución que hacer uso de los criterios y límites señalados en el art. 41”, para la individualización de la pena (Zaffaroni, Alagia, Slokar, p. 698). (Del voto en disidencia del Dr. Ríos). Corresponde entrar al tema, menos genérico, sobre si es posible aplicar una pena inferior a la prevista por la ley (en el Código Penal) para un delito determinado. A nuestro entender, el principio *nullum crimen sine culpa* y de proporcionalidad, con fuente en múltiples pactos internacionales de derechos humanos, debe primar en el caso concreto por sobre la regla (o norma reglamentaria) que establece la pena mínima para el delito especialmente considerado en autos. Y la última palabra compete al Tribunal de la causa en tanto justifique con argumentación convincente la inaplicabilidad del precepto legislativo por contrariar, en la hipótesis planteada, un principio consagrado por fuente de superior jerarquía. (Del voto en disidencia del Dr. Ríos). En la especie, la inescindencia imputable de la criminalidad del acto convierte en desmedida la pena de diez años de prisión conforme a la culpabilidad concretamente verificada, apreciándose la desproporción si se coteja que el mínimo punitivo resulta superior a la pena que le hubiere correspondido a la autora en caso de matar intencionalmente a otra persona. (Del voto en disidencia del Dr. Ríos). (Cámara de Apelación Penal Rosario, Sala II “A.S. s/Promoción y facilitamiento de la prostitución”, etc. (1292/07) del 18/04/2008), *elDial.com* (referencia: AA47DA).

de la discusión, tal como lo habían hecho los magistrados sufragantes, que de acuerdo a las circunstancias fácticas, avaladas por las probanzas incorporadas en la causa, y que habían tenido a la vista sobre la base de la sentencia de primera instancia, la acusada que arrastraba una prostitución “dinástica” fomentó y facilitó a su hija para continuar con dicha estirpe, con lo cual objetiva y subjetivamente se han dado los presupuestos del artículo 125 bis del CP –antes de la reforma–, circunstancia que se agrava por el parentesco entre el sujeto activo y sujeto pasivo. Si bien es cierto que la prostitución en sí misma no es un delito, queda claro que lo que la ley penal pune es la “promoción o facilitación” de esta como un delito de los denominados “contra la integridad sexual” que protege la libertad personal en su realización específica como el derecho de todo individuo a ejercer libremente su sexualidad o no verse involucrado sin su consentimiento en una relación sexual, la cual abarca tanto la sexualidad de los adultos como la de los menores incapaces, ya que la integridad sexual no es más que un aspecto de la libertad personal en el ámbito de la sexualidad, pues todo atentado contra ella trae aparejada una injerencia intolerable a la dignidad del ser humano que afecta el derecho de toda persona a su autorrealización o autodeterminación en el ámbito de la sexualidad. Luego de analizar los aspectos básicos de error vencible e invencible, entendí que no obstante, tener en consideración la “trayectoria familiar” sobre este menester –la prostitución– y las circunstancias que han rodeado a la acusada en el sentido de considerar al ejercicio de la prostitución como algo normal y de tal manera transmitirle dicha formación a su hija, no consideré, que estaban dadas las condiciones como para hablar de un error de prohibición invencible y mucho menos de un error de prohibición invencible culturalmente condicionado –pues los hechos no se han desarrollado en una comunidad alejada o que no tenga contacto con los pormenores de la vida cotidiana a la que tiene acceso todo ciudadano– ya que tal como se afirmaba acertadamente en el voto disidente, no se trata de un caso donde la formación de dudas era materialmente imposible, ni la mujer poseía razones sensatas para suponer el carácter permitido de su hecho. Remarcando, que si bien podría contemplarse como un hipotético error de prohibición invencible, si la circunstancia que ocupa este comentario se hubiese desarrollado en un medio rural alejado de la contingencia citadina,

donde quizás y no sé hasta dónde, hay una predominancia de uniones precoces, desconocimiento de las verdaderas edades, habitual entrega sexual de menores, ello no resulta atendible en una sociedad urbana con acceso normal a la masiva comunicación social, no obstante las circunstancias que rodeaban a la acusada. Es indudable que cuando se trata de un error de prohibición invencible se elimina toda posibilidad de reproche. Ahora bien, tratándose de un error de prohibición vencible, el autor puede comprender la antijuridicidad y consiguientemente habrá culpabilidad ya que el error, siendo vencible no elimina la reprochabilidad del injusto y por consiguiente, la culpabilidad, en estos casos se debe disminuir. Es sabido que nuestro ordenamiento penal no contempla un formato de culpabilidad disminuida, de allí que en estos casos debe manejarse con las pautas establecidas por los arts. 40 y 41 del CP. Si bien han existido opiniones, a partir del artículo 35 que proponen que en caso de la vencibilidad del error de prohibición se debe sancionar con la misma escala del delito culposo y cuando no hubiese tipo culposo, debía aplicarse la escala penal de la tentativa, Zaffaroni sostiene, y con razón, que en ningún caso el error de prohibición vencible puede tener el efecto de convertir en culposo el injusto doloso.

La tipicidad –dolosa o culposa– de la conducta, es un juicio que ya ha quedado cerrado en el injusto, en forma tal que, estando la posibilidad de comprensión de la antijuridicidad en la culpabilidad, todo lo que pueda afectarla –incapacidad psíquica o error de prohibición– para nada podrá afectar los contenidos de que el injusto es portador. Todo lo referente a la comprensión de la antijuridicidad –en este caso el error de prohibición– no puede decidir otra cosa que la pregunta sobre si el injusto es o no reprochable al autor y, en caso de serlo en qué grado.⁷¹

En definitiva, el Tribunal por mayoría entendió que existía un error de prohibición invencible o un error de prohibición vencible culturalmente condicionado y se inclinaron por la absolución en cuanto a este delito. En tanto que el voto minoritario, aplica las previsiones del artículo 41 pero incursionando en la disminución del mínimo de la escala penal, por la desproporción de dicho mínimo.⁷²

71. Zaffaroni, Eugenio, *Tratado de Derecho Penal*, Buenos Aires, Ediar, 2004, T. IV, p. 193.

72. Figari, Rubén, “La prostitución ‘dinástica’ como factor de error de prohibición”. Disponible en *elDial.com* (referencia: DCECo) [fecha de consulta: 15/08/2018].

Consumación y tentativa

Al igual que en la realización de los actos promotores y facilitadores de la corrupción se trata de un delito formal, es decir, se consuma aunque no se logre el fin deseado.⁷³

Reinaldi considera, en cambio, que es un delito de pura actividad pues se consuma con la realización de los actos promotores o facilitadores de la prostitución, aunque no se logre el fin deseado; no admite la tentativa.⁷⁴ Posición compartida por el suscripto.

En el caso que la tentativa se concrete, tal cual el ejemplo que cita Núñez, en cuanto el autor narcotiza a la víctima para internarla en el prostíbulo, pero antes que reaccione y mientras la conduce, es detenido por la policía.

Arocena pone un ejemplo de tentativa inacabada, pues cuando la víctima fue sometida al accionar depravador del sujeto activo el delito fue consumado, con independencia del logro del resultado deseado por los autores. Es el caso de los regentes de un prostíbulo que inducen a un menor a prostituirse en esa casa de tolerancia y es detenido por la autoridad policial antes de arribar a destino, en este supuesto la inducción a prostituirse en el prostíbulo ya configuraba para los autores la promoción a la prostitución del menor.⁷⁵ Es admisible la tentativa.

Agravantes

El artículo 126 conforme la reforma introducida por la Ley N° 26842 estipula que

En el caso del artículo anterior, la pena será de cinco a diez años de prisión, si concurriere alguna de las siguientes circunstancias: 1. Mediare engaño,

73. Arocena, Gustavo, *Ataques a la integridad sexual*, Buenos Aires, Astrea, 2012, p. 94; Donna, Edgardo, *op. cit.*, pp. 153-154; Gavier, Enrique, *op. cit.*, p. 77; Villada, Jorge, *op. cit.*, p. 345; Tazza, Alejandro, *Código Penal de la Nación argentina comentado*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2018, T. I, p. 435, se expide por la calificación de un delito formal y de peligro concreto; Breglia Arias, Omar y Gauna, Omar, *Código Penal y leyes complementarias. Comentado anotado y concordado*, Buenos Aires, Astrea, 6ª edición actualizada y ampliada, 2007, T. I, p. 1092; Estrella, Oscar y Godoy Lemos, Roberto, *op. cit.*, p. 504; Estrella, Oscar, *op. cit.*, p. 189.

74. Reinaldi, Víctor, *op. cit.*, p. 214.

75. Arocena, Gustavo, *op. cit.*, pp. 94-95.

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. 2. El autor fuere ascendiente, descendiente, cónyuge, afín en línea recta, colateral o conviviente, tutor, curador, autoridad o ministro de cualquier culto reconocido o no, o encargado de la educación o de la guarda de la víctima. 3. El autor fuere funcionario público o miembro de una fuerza de seguridad, policial o penitenciaria. Cuando la víctima fuere menor de dieciocho años la pena será de diez a quince años de prisión.

El hecho de promover o facilitar la prostitución de acuerdo a esta normativa se agrava con una pena de cinco a diez años de prisión en los supuestos de que concurren algunas de las circunstancias que por menorizadamente enumera la ley.

Empleo de medios coercitivos

Se tratan todos de formas de viciar o anular el consentimiento y algunos son muy tradicionales en la legislación argentina al ser utilizados en diferentes delitos.

Por ejemplo, en primer término, se menciona al *engaño* que constituye un medio o tipo de maniobra tendiente a determinar a un error en sujeto pasivo y que en forma eficaz la realiza el autor para permitir la concreción o la tentativa del hecho –en el caso de que se acepte esta hipótesis–, disimulando los objetivos o la naturaleza de los actos que se procura realizar a la víctima. Desde luego que esta debe tratarse de una persona que puede ser engañada, de modo que deba tener capacidad para comprender en alguna medida el carácter de los actos.

Otro tanto ocurre con el *fraude* que se asocia un tanto con el primer supuesto pues consiste en astucias, ardidés o artimañas que tienden a procurar en la víctima una falsa percepción de la realidad.

La *violencia* es el despliegue de una energía física, animal, mecánica o de cualquier otra índole que es llevada a cabo por el autor sobre la víctima. Y se dirige a doblegar la voluntad que repele a la realización de los actos. En efecto, todo acometimiento de fuerza que deba ser soportado por el sujeto pasivo debe ser entendido como violencia, cuando esta es idónea para ello. En realidad, cuando se habla de violencia se está ante

un supuesto *vis absoluta* o de acción material sobre el cuerpo del sujeto pasivo. Así, también, se incluye dentro del concepto de violencia el uso de medios hipnóticos y narcóticos, en virtud del artículo 78 del CP.

En cuanto a la *amenaza* consiste en el anuncio de un mal futuro, grave, inminente e idóneo que puede ir en contra la de la víctima como sobre un tercero allegado a aquella en los términos del artículo 149 bis primer párrafo del código de fondo.

Para abrir el abanico de posibilidades la norma menciona cualquier otro medio de *intimidación* en el sentido de que es un medio psíquico que actúa sobre la voluntad de la víctima ejerciendo una presión de modo de direccionar su comportamiento en el sentido que pretende el sujeto activo. Lo mismo ocurre con la coerción –asimilable a la situación contenida en el artículo 149 bis segundo párrafo del CP– que a todas vistas aparece sobreabundante. Cuando la norma hace referencia a la intimidación o coerción deben entenderse como conceptos similares a la voz “amenaza”. Ello porque el legislador al momento de redactar la norma se valió de la expresión conectiva “o cualquier otro medio” sin utilizar previamente una coma o algún separador con lo cual se infiere que se ha pretendido captar cualquier modalidad que actúe sobre la voluntad de la víctima a nivel subjetivo. Es decir, es una redacción de textura abierta que intenta captar indistintas circunstancias de intimidación.

Se afirma que parece un tanto contradictorio que la promoción o facilitación de la prostitución en la que se utilizan todos estos medios que se han enunciado anteriormente, pues si se emplean dichos medios ya no se estaría en presencia de una promoción o facilitación, sino en un sometimiento o constreñimiento a realizar tal actividad. Es así que una cosa es una incitación o consejo para que alguien ejerza –promoción– o allanando el camino para que se continúe en la misma actividad– facilitación– y otra diferente es obligar o compeler a otra persona para que se prostituya.⁷⁶ Aunque, a fuerza de decir verdad, justamente estas situaciones son las que agravan la conducta del sujeto activo al extremo de imponerle una pena de cinco a diez de prisión.

Se menciona como otro factor agravante el del *abuso de autoridad* que ejerce el sujeto activo sobre la víctima y que no es más que otra cosa que poner en práctica un exceso en el ejercicio de la autoridad que

76. Tazza, Alejandro, *op. cit.*, pp. 437-438.

legítimamente ostenta y que lo convierte ciertamente en un exceso y se da en aquellas personas que tienen alguna predominancia en una actividad jerarquizada o facultad de mando, ya sea privado o pública. Este caso podría diferir del contemplado en el inciso tercero de la misma norma, lo cual lleva a pensar que se trata de otros sujetos distintos.

Entiéndase que la calidad de autoridad puede ser jurídica como hecho; piénsese en una relación laboral conforme a la ley de una empleada doméstica en relación a su empleador que la explota sexualmente, o, esa misma relación con empleo no declarado. Indistintamente de ello, lo determinante en esta modalidad es el abuso por parte del autor, es decir, debe haber una instrumentalización del sujeto pasivo para que se dé el tipo agravado.⁷⁷

Como otra circunstancia agravante se alude a que la víctima sea aprovechada por su *situación de vulnerabilidad*, es decir que puede ser sometida a los designios o voluntad del sujeto activo en razón de las especiales circunstancias en las que se encuentra la víctima como puede ser la pobreza, desamparo, carencias de necesidades básicas situaciones muy similares a las que se han tenido en cuenta para “normatizar” el “estado de vulnerabilidad” en la trata de personas y sus agravantes contenidas en los artículos 145 y 145 bis –este último en cuanto a las agravantes tiene una redacción similar al artículo 126–. De conformidad con las 100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de Personas en Condiciones de Vulnerabilidad, se encuentran en tal condición aquéllas que tienen limitación relevante para evitar o mitigar los daños y perjuicios derivados de la infracción penal.⁷⁸

Por último se menciona la situación agravada cuando el sujeto activo actúa efectuando *alguna concesión, pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre la víctima*. Como se aprecia se trata de una situación bastante controvertida pues será ilícita la entrega de pagos de concesión de beneficios cuando se realicen a un tercero que tiene un poder de hecho sobre la víctima, manifestando una intencionalidad de someterla a alguna forma de explotación. Es así que los pagos o beneficios concedidos a la propia víctima no se encasillarían en esta forma delictiva, a menos que se pueda determinar que el sujeto pasivo los ha recibido en virtud de la circunstancia

77. Benitez, Víctor, “Proxenetismo agravado en el Código Penal Comentado de acceso libre”. Disponible en: www.pensamientopenal.com.ar [fecha de consulta 17/08/2018].

78. Tazza, Alejandro, *op. cit.*, p. 438.

anterior –especial situación de vulnerabilidad–. Es decir, que la ley distingue el consentimiento viciado, ya sea por error o engaño, del que es obtenido por coerción o intimidación, o el que es conseguido a cambio del ofrecimiento o entrega de ventajas personales o económicas a un tercero para que disponga de la víctima. De ello se desprende que el consentimiento del sujeto pasivo es totalmente irrelevante.⁷⁹ Se pone el ejemplo del caso de un rufián que abona un determinado canon al padre de una mujer para que logre convencerla que esta se prostituya.

La crítica estriba en cómo esta modalidad se erige sobre el consentimiento de la víctima, es decir, el precio pagado al que ejerce autoridad sobre aquella y le impide la posibilidad de expresar un consentimiento libre. Por ende, si no hubiera pago y la víctima decidiera explotar su cuerpo, ese consentimiento sería libremente prestado y convertiría en atípica la conducta del autor. Con lo cual se advierte un yerro en la redacción de la norma. De ser consecuente con su intención, la voluntad del legislador –quitarle relevancia jurídica al consentimiento– debería haber evitado esta modalidad agravatoria para ser coherente con su pretensión. Se debe acordar en que el consentimiento sigue teniendo relevancia jurídica desincriminatoria.⁸⁰

Agravante por parentesco y relación social

En este caso el inciso 2 del artículo 126 se refiere a la calidad del sujeto activo la cual está dada por la condición de *ascendientes* referida a las personas que preceden a la víctima en línea recta por orden familiar –padre, abuelo, bisabuelo, etc.– unidos por una serie de grados en dicho orden –artículos 529 a 531 del CC y C–. También comprende a los *descendientes* –lo cual es bastante improbable que se dé esta situación– abarcados por los artículos 529/532 del CC y C., hijos, nietos, etc.

Se encuentra incluida en forma expresa la línea colateral, comprendiendo tanto a los afines en línea recta –suegro-nuera– como los afines en línea colateral –cuñados– de conformidad con los artículos 532 y concordantes del CC y C.

La agravante alcanza al caso de *cónyuge* –art. 401 y ss. del CC y C–, se debe tener en cuenta también la inclusión del matrimonio igualitario.

79. *Ibíd.*, p. 439.

80. Benítez, Víctor, *op. cit.*

Asimismo, se menciona al *conviviente* situación referida a las uniones de hecho o más o menos estables y sentimentales entre dos personas que forman una pareja, más concretamente a las uniones convivenciales, registradas o no –art. 509 y ss. del CC y C– lo que no se asimila al caso contenido en el artículo 80 inciso 1 alusivo en el último párrafo a la relación de parejas, mediar o no convivencia.

Llama la atención que no se hayan incluido los vínculos jurídicos de la adopción –en sus tres formas– y a los hermanos.

Se menciona al *tutor y curador*. En el primer caso la cuestión está regida por los artículos 104 y siguientes del CC y C. Si bien esta tutela se impone a menores de edad, la hipótesis es bastante improbable de ser aplicada ya que cuando el delito recae sobre aquellos la disposición aplicable es la del último párrafo que contiene una pena mayor.

En el segundo caso la curatela se impone sobre el mayor de edad incapaz de administrar sus bienes –art. 138 y ss. del CC y C–.

Se incrimina también a la persona que tenga calidad de *autoridad o ministro de algún culto, sea o no reconocido oficialmente*. Se trata del mismo supuesto agravatorio contenido en el artículo 119 inciso b). Tal como en este caso se hace menester que el sujeto activo se aproveche de la calidad que inviste para ejercer presión o doblegar la voluntad de la víctima.

Finalmente en este inciso se contempla la agravante de la *persona encargada de la educación o guarda*, situación también contenida en el mismo artículo 119 inciso b) y se trata de los hechos cometidos por un educador –profesor, maestro, etc.– ya sea su tarea permanente o transitoria. En este caso también, lo determinante es el aprovechamiento de la situación, la cual debe evaluarse en cada caso particular.

Agravante por la condición del sujeto activo (funcionario público o miembro de una fuerza de seguridad, policial o penitenciario)

En el caso de *funcionario público* para su determinación hay que remitirse a las definiciones orientativas del artículo 77 del CP.

La ley no exige que se haya abusado del cargo o de las facilidades que proporciona la función que desempeña sino simplemente por el hecho de que el sujeto activo que pertenece al ámbito de la función estatal traiciona el deber de actuación a favor del Estado por participar o intervenir en actividades ilícitas incompatibles con su calidad de tal.⁸¹

81. Tazza, Alejandro, *op. cit.*, p. 442.

En el mismo inciso se menciona al *miembro de una fuerza de seguridad, policial o penitenciaria* circunstancia no equiparable a la prevista como agravante en el artículo 119 inciso c) pues en este se menciona a las fuerzas policiales o de seguridad, *en ocasión de sus funciones*, y se omite sugestivamente a las fuerzas penitenciarias. Tampoco se menciona a integrantes de las fuerzas armadas o aquéllos que pertenezcan o hubiesen pertenecido al servicio de inteligencia del Estado, situación reservada para los supuestos contenidos en los artículos 142 bis y 170 del CP. Los funcionarios mencionados en este inciso no necesariamente deben aprovecharse de su función y como corolario debe agregarse que esta circunstancia resulta redundante pues tanto los miembros de las fuerzas de seguridad: Gendarmería, Prefectura, Policía Aeronáutica, policiales –provincial o federal– o penitenciaria –provincial o federal– son funcionarios públicos.

Agravante por minoría del sujeto pasivo

También se agrava la promoción o facilitación de la prostitución cuando se trate de un menor de dieciocho años sin importar que haya habido consentimiento. El aspecto etario está determinado por la Convención de los Derechos del Niño que considera tal al que no haya cumplido los dieciocho años.

Villada resalta que en forma extraña en la figura básica del artículo 125 bis no se ha contemplado la promoción o facilitación de la prostitución de menores y se la incluyó en el último párrafo del artículo 126 como una mera agravante, lo cual le extraña ya que esencialmente la protección debiera comenzar por los menores e inexplicablemente no se reagrava la pena –tal como se ha hecho en la corrupción– cuando el menor sea de trece años, sabiendo que son esos niños los preferidos del turismo sexual infantil y paidofílicos.⁸² Estimo que la observación es atinada pues las razones que da son reales y sumamente palpables.

Simplemente resta agregar que el sujeto pasivo de este delito puede ser hombre o mujer como así también el sujeto activo. Desde luego que el error sobre la edad de este último puede llegar a desplazar la tipicidad si el mismo es excusable.

82. Villada, Jorge, *op. cit.*, p. 350.

Finalmente cabe destacar –aunque dadas las características de este trabajo no voy a profundizar el tema– que de conformidad con el nuevo artículo 41 ter según Ley N° 27304 (BO N° 33495 del 02/11/2016) referida al “arrepentido”:

Las escalas penales podrán reducirse a las de la tentativa respecto de los partícipes o autores por algún delito de los detallados a continuación en este artículo, cuando durante la sustanciación del proceso del que sean parte, brinden información o datos precisos, comprobables y verosímiles. El proceso sobre el cual se aporten datos o información deberá estar vinculado con alguno de los siguientes delitos: [...] d) Delitos previstos en los artículos 125, 125 bis, 126, 127 y 128 del Código Penal [...] Para la procedencia de este beneficio será necesario que los datos o información aportada contribuyan a evitar o impedir el comienzo, la permanencia o consumación de un delito; esclarecer el hecho objeto de investigación u otros conexos; revelar la identidad o el paradero de autores, coautores, instigadores o partícipes de estos hechos investigados o de otros conexos; proporcionar datos suficientes que permitan un significativo avance de la investigación o el paradero de víctimas privadas de su libertad; averiguar el destino de los instrumentos, bienes, efectos, productos o ganancias del delito; o indicar las fuentes de financiamiento de organizaciones criminales involucradas en la comisión de los delitos previstos en el presente artículo. Cuando el delito atribuido al imputado estuviere reprimido con prisión y/o reclusión perpetua, la pena sólo podrá reducirse hasta los quince años de prisión. La reducción de pena no procederá respecto de las penas de inhabilitación o multa.

Lo que implica que la persona –autor o partícipe– que durante la sustanciación del proceso del que sea parte, brinden información o datos precisos, comprobables y verosímiles, en este caso relacionados a las figuras de los artículos 125 bis y 126 podrán, en la medida que se cumplan los requisitos que establece el último tramo del artículo 41 ter, ser beneficiarios de la reducción de la escala penal a las de la tentativa. Es norma se debe concordar con lo expuesto en el artículo 276 bis: “Será reprimido con prisión de cuatro a diez años y con la pérdida del beneficio concedido el que, acogiéndose al beneficio del artículo 41 ter, proporcionare maliciosamente información falsa o datos inexactos”. Esto es que en el caso que se brinde información falsa o datos inexactos no sólo se aplica una pena privativa de la libertad que va de cuatro a diez años, sino que también se pierde el beneficio acordado por el artículo 41 ter.

Jurisprudencia

Fuero: Cámara Federal de Apelaciones de La Plata, Sala I, La Plata.

Autos: “S., G. E. y otro s/denuncia sobre presunta infracción a la Ley N° 26364”

Fecha: 26/03/2010

Referencia: LL N° 70063711

2ª INSTANCIA

La Plata, 26 marzo de 2010

VISTOS:

Para resolver en la presente causa registrada bajo el n. 5097/I, caratulada “S., G. E. y otro s/ denuncia sobre presunta infracción a la ley 26.364”, procedente del Juzgado Federal n. 3 de La Plata; y

CONSIDERANDO:

I) Que contra la resolución obrante a fs. 461/482, que decreta el procesamiento con prisión preventiva de S. G. E. por considerarlo “*prima facie*” autor penalmente responsable del delito previsto en el art. 145 bis Ver Texto, párrafo segundo, apartados 2 y 3 del CPen. El procesamiento sin prisión preventiva de S. R. Ch por considerarlo “*prima facie*” partícipe secundario del delito previsto en el art. 145 bis Ver Texto, párrafo segundo, apartados 2 y 3 del CPen. El procesamiento sin prisión preventiva de E. A. M. por considerarlo “*prima facie*” partícipe secundario del delito previsto en el art. 145 bis Ver Texto, párrafo segundo, apartado 2 del CPen. y el procesamiento con prisión preventiva de C. F. A. y A. Z. R. por considerarlos “*prima facie*” coautores del delito previsto el art. 145 ter Ver Texto, párrafo primero del CPen., y la resolución obrante a fs. (831/845 y vta.) 889/903 vta. que decreta el procesamiento con prisión preventiva de O. E. G. por considerarlo “*prima facie*” autor del delito previsto en el art. 145 bis Ver Texto párrafo segundo, apartados 2 y 3 del CPen., se interponen los siguientes recursos de apelación:

I a) La señora defensora pública oficial en representación de S. R. Ch., E. A. M., C. F. A. y A. Z. R., recurso que se encuentra informado en los términos del art. 454 Ver Texto del CPPN, sin adhesión del señor Fiscal General ante esta Cámara.

La defensa a los fines de una correcta motivación, expresó agravios en forma independiente en relación a cada local comercial y a cada uno de sus defendidos.

En el acápite A) bajo el título Café Bar “T. Q.”, sostuvo que “el local comercial se encuentra emplazado... siendo explotado por el co-imputado S. G. E”. Efectúa un pormenorizado detalle de cómo se instruyó la causa, así indica que se inicia “con la denuncia de una persona del sexo femenino... quien manifestó que el día 19 arribó al país procedente de la República del Paraguay, vía terrestre, en compañía de otra señorita y de mi representado E. A. M. que al llegar a la terminal de ómnibus... estaba una persona de nombre S. junto a un joven de nombre S., dirigiéndose todos a una casa ... De allí partieron hacia otro lugar, supuestamente un taller y en la noche a la localidad..., donde pasada la madrugada decidió irse sin que nadie la viera”. Agrega la defensa que “en el allanamiento realizado en el denominado ‘E. T’”. El 24 de agosto se procedió a la detención de E. A. M. quién al momento de prestar declaración indagatoria... aclaró que la esposa de O., de nombre N. lo llamó a Paraguay a fin de ofrecerle trabajo que consistía en manejar un camión para repartir bebidas y carbón; que al enterarse R. le solicitó si podía acompañar a unas chicas que venían a nuestro país y no sabían manejarse solas en la ciudad”.

En relación a S. R. Ch, señala que, “al momento de prestar declaración indagatoria ... efectuó un relato... de la manera en que conoció a S. mediante la concubina de su hermano... que en un principio realizó tareas de manutención del local... que luego le ofreció trabajar en la barra de ese local y de ‘E. T’”. que en relación a los hechos “indica que S. le pidió que lo acompañe hasta la Terminal de ómnibus de la ciudad porque llegaban unas chicas” describiendo como transcurrió la jornada. La defensa pone de resalto que de ello “se advierte claramente de R. Ch. no percibió en ningún momento que las chicas que fueron a buscar a la Terminal tuvieran una conducta que permita indicar que se encontraban en contra de su voluntad, o que no pudieran pedir –en caso de ser así– ayuda a nadie”.

Destaca que “De una detenida lectura de la denuncia y de cada una de las declaraciones testimoniales que obran agregadas en la presente causa no surge que las conductas desplegadas por los nombrados encuadren en alguna conducta típica, por el contrario lo que sí se ha acreditado que se encontraban relacionados con S. E. por una

actividad laboral lícita (...). En suma, no existe elemento... que permita tener por acreditado, aún con el grado de partícipe secundario, la grave conducta penal endilgada a S. R. Ch. Mucho menos aún puede señalarse que en autos se encuentra acreditada la agravante del inc. 3 toda vez que no surge del relato efectuado por cada una de las mujeres que se encontraban trabajando en el lugar... más de tres víctimas”. Solicita se revoque la resolución en crisis y se sobresea a sus asistidos, subsidiariamente respecto de E. A. M. peticiona la falta de mérito.

Con la letra B) y el rótulo el Local “D. V.” peticiona “la nulidad de la Orden de Registro domiciliario. Ello en virtud que la misma carece de la debida fundamentación... Agrega que “Por esta razón solicité... la nulidad del resolutorio de fecha 21 de agosto del actual en cuanto dispone el registro domiciliario... ‘D. V.’”, (y) de todo lo obrado en su directa consecuencia. Subsidiariamente y respecto de A. Z. R. indica que de sus dichos al recepcionarsele “su declaración indagatoria... (manifiesta que), trabajó tiempo atrás en un cabaret... cuyo nombre es ‘L. P.’”. que una amiga le consiguió otro trabajo. “Allí conoció a C., su pareja y consorte de causa... Cuando comenzaron la actividad... trabajó por su propia voluntad hasta que al conseguir otras chicas se dedicó a la limpieza y a la comida... En relación con G. C. A. expresó que al regresar del Paraguay (...) observa que en el boliche estaba la chica que fue a buscar M. preguntándole si tenía documentos, respondiéndole ésta que su madre no se los había mandado”. Agrega que, “como la chica era conflictiva le dijeron que se vaya pero su madre llamó a C. pidiéndole que la dejaran trabajar que era el único sostén de la familia,... que mientras se realizó el Registro domiciliario en el lugar G. C. A. dijo tener diferentes edades”, circunstancia que demuestra “la clara ausencia del elemento subjetivo, esto es el conocimiento de la edad de la menor...”, solicita el sobreseimiento de su asistida. “Sólo en subsidio, en atención que de las pruebas colectadas... se desprende que la actividad era desarrollada principalmente por su pareja” peticiona se recalifique su conducta en el grado de partícipe secundario.

En relación a C. F. A., sostiene que también desconocía la verdadera edad de G. C. A., que al prestar declaración indagatoria “Efectuó idéntico relato que su pareja en relación a que llegó al lugar por ser conocida de M. quien fue la primera chica que trabajó en el bar... y que ninguna de las mujeres que trabajaban en el lugar señalan que... A. las obligara a realizar o no acción alguna contra su voluntad”. En conse-

cuencia solicita el sobreseimiento de su asistido. “Subsidiariamente y hasta tanto se profundice la investigación en punto a establecer quien –a sabiendas– llevó a G. C. A. a realizar las actividades en el boliche solicito se disponga la falta de mérito”.

Finalmente sobre la base de las argumentaciones que brinda peticiona la nulidad de la prisión preventiva, al no haberse “desarrollado los fundamentos legales que justifiquen la aplicación de tal extrema medida”.

I b) El interpuesto por el encausado S. G. E. motivado por el señor defensor particular..., recurso que se encuentra informado “in voce” en los términos del art. 454 Ver Texto del CPPN obrando constancia a través del acto de fs. 733, sin adhesión del señor Fiscal General ante esta Cámara.

En lo sustancial se agravia el recurrente de lo resuelto por el juzgador, toda vez que le produce a su asistido un gravamen irreparable, entiende, “en primer lugar, que no se encuentra acreditada la materialidad ilícita del delito investigado, (...) que las ciudadanas de nacionalidad paraguaya que dieran génesis a la presente causa, nunca fueron sujetos pasivos de delito en reproche de E. y se encuentra acreditada, (...) la mendacidad de las mismas... no está acreditada la tipicidad que requiere la norma..., entiéndase engaño, coacción, fraude, violencia, amenaza o cualquier medio de intimidación o coerción, abuso de autoridad o de una situación de vulnerabilidad, con el objeto de Explotación sexual... En segundo lugar, ... tampoco se encuentra acreditado la respectiva autoría y responsabilidad criminal del encausado, toda vez la no existencia de elementos de prueba de entidad suficientes que permitan inferir que E. S. es autor del delito en reproche y que el mismo conformara una sociedad –banda–, a los fines de cometer la infracción endilgada”.

I c) La señora Prosecretaria Letrada de la Defensoría Pública Oficial... motiva... el recurso interpuesto... “*in pauperis*” por su representado E. O. G., el que se encuentra fundado “*in voce*”... por el defensor particular... quien fuera designado en tal carácter por el imputado... y aceptado el cargo..., recurso al que no adhiere el señor Fiscal General.

La defensa comienza efectuando síntesis de los hechos que constituyen el objeto procesal de investigación en autos, para posteriormente referirse a la “... inexistencia del accionar típico –por parte de mi representado– en los sucesos cuya responsabilidad se le pretende endilgar... De todas constancias obrantes en autos surge, sin hesitación, que no

puede atribuírsele a O. E. G. ninguna de las conductas tipificadas en el art. 145 bis Ver Texto del CPen. ello porque el tipo penal en cuestión exige que la conducta desplegada por el sujeto activo se configure con la captación, el transporte o traslado en el país o desde o hacia el país, el recibimiento, mediante cualquier forma de engaño, fraude o violencia física o psíquica, o abuso con la finalidad de obtener –como en el caso que nos ocupa– la explotación sexual de personas mayores de 18 años de edad” No advirtiendo “accionar alguno que lo haga merecedor de la atribución de responsabilidad penal que se le endilga... Agrega que (...) Las únicas referencias a mi representado han sido manifestadas por... Indica que discrepa con lo decidido en resolución apelada en cuanto el *a quo* firma que, “Se encuentra comprobado en autos que O. E. G. conjuntamente con S. G. E. y su concubina R., conformaban una sociedad que se encargaba de captar mujeres para luego trasladarlas –mediante engaño o aprovechando su situación de vulnerabilidad a prostíbulos de su propiedad para que una vez allí sean explotadas sexualmente (sic)–.

Posteriormente la defensa se agravia por “la interposición de la agravante contenida en el inc. 2 del segundo párrafo del art. 145 bis Ver Texto del CPen.”, al respecto indica que “S. E. en la oportunidad de su injurada... no efectuó referencia ni mención respecto de G., y expresó que el negocio ‘T. Q.’, y el auto... son de su propiedad”. Señala que, “para que se tenga por constituida una ‘sociedad delictiva’, (...) el tipo penal específico exige la organización de tres o más personas” parámetros que no se desprende de ninguna constancia de autos. En particular porque la mencionada “R.” no ha sido habida, no se ha probado su existencia ni su participación concreta en los hechos materia de juzgamiento... salvo por su presunto carácter de pareja de S. E.”.

En relación a la agravante contenido en el inc. 3 Ver Texto de la segunda parte del art. 145 bis del CPen., “esto es la existencia de tres o más víctimas del delito de trata de personas con fines de explotación sexual”, sostiene que “se produce en autos una excesiva subjetivación de los elementos probatorios, toda vez que han declarado... Ello así porque ninguna de las tres supuestas víctimas manifiesta algún dato de explotación o de participación en esa explotación por parte de O. E. G.”.

Subsidiariamente, para el caso de que no se comparta el criterio que sustenta, peticiona se recalifique la conducta de su asistido en los térmi-

nos del art. 145 bis Ver Texto del CPen., y se disponga su inmediata libertad por aplicación de lo dispuesto en el art. 316 Ver Texto y cc. del CPPN.

Peticiona la nulidad de la prisión preventiva por falta de fundamentación, argumentado al respecto. Finalmente hace reserva de recurrir para ante la Cámara Nacional de Casación Penal y del Caso Federal.

II) En primer lugar, se entiende que corresponde referir conceptos respecto al contenido de la ley 26364 Ver Texto y al bien jurídico que esta norma protege en función de que la conducta ilícita denominada “Trata de personas” enmarca un comportamiento contrario a un valor merecedor de tutela penal, cual es la libertad y en particular la libertad individual, por resultar esta una de las cualidades inherentes e intrínsecas del hombre, amparada por la Constitución Nacional Ver Texto y los instrumentos internacionales de derechos humanos incorporados a nuestra legislación.

Distintos autores se han referido a este tipo de comportamiento ilícito, diciendo que se trata de: “una forma moderna de esclavitud. Una modalidad delictiva por la cual se establece entre la víctima y los delincuentes una relación de sujeto-objeto, donde al objeto únicamente se lo mantiene en condiciones de vida exclusivamente en la medida que reporte ingresos económicos” (Cilleruelo, Alejandro “Trata de personas para su explotación”, diario La ley del 25/06/2008); como así también que: “La trata de personas es una versión moderna e insidiosa de la esclavitud, muchas veces más larvada y disimulada que la institución en su sentido histórico, a punto tal que frecuentemente ni las víctimas –y desgraciadamente en ciertos casos la sociedad también– no tienen cabal conciencia de la gravedad, extensión, injusticia y potencialidad dañosa de este fenómeno delictivo” Hairabedián, Maximiliano *Tráfico de personas. La Trata de personas y los delitos migratorios en el derecho penal argentino e internacional*, ed. Ad. Hoc, 2009, págs. 15-16).

Por ello y en función de la redacción de nueva normativa, los elementos que caracterizan a la “trata de personas” son, en relación a la conducta del autor: la captación, el transporte o traslado dentro del país o desde o hacia el exterior, el acogimiento o recepción; en tanto que los medios empleados para llevar adelante este delito, cuyo factor común es la de afectar la voluntad de las víctimas, pero sólo exigido respecto a aquellas, mayores de 18 años, se encuentran reglamentados: el engaño, el fraude, la violencia, la amenaza, la intimidación u otras formas de

coerción, el abuso de autoridad, el abuso de una situación de vulnerabilidad y la concesión o recepción de pagos o beneficios a un tercero que tenga autoridad sobre la víctima –art. 145 bis Ver Texto del CPen.–.

Por último y en orden a la finalidad perseguida, no obstante tratarse de conductas dolosas alternativas que tienen lugar en una etapa previa a la explotación del sujeto víctima, son comportamientos orientados a dicho fin, conocido y querido por el autor, pero sin que sea necesario que efectivamente ello se logre.

III) Que sentado ello, el Tribunal habrá de analizar la situación procesal de los encausados en función de los agravios y de las constancias de la causa, diferenciando los dos locales objeto de investigación, del modo en que sigue:

III A) Local nocturno denominado “T. Q.”:

a) Situación procesal de S. G. E., se comenzará señalando en cuanto a la insuficiencia de probanzas estimadas por la defensa, que permitan dictar el auto impugnado, que ello es así parcialmente.

En efecto, es válido presumir que el encausado, con la asistencia de E. A. M. y D. O. (a) R., concubina de E., captaron, transportaron desde el exterior del país, recibiendo personas mayores de 18 años de edad mediando engaño y abusando de una situación de vulnerabilidad, ello para obtener el consentimiento de las víctimas con fines de explotación, conducta tipificada en el art. 145 bis Ver Texto , segundo párrafo, apartado segundo según ley 26364 Ver Texto del CPen., en relación a ciudadanas N.R.F.N. y M.E.G.C., quienes viajaron desde el Paraguay hacia la Argentina en la inteligencia que iban a ejercer alguna actividad laboral, ello surge de la denuncia formulada por N.R.F.N. ratificada a través de la declaración testimonial... Siendo que la conducta reprochada se encuentra corroborada por el acta procedimental..., oportunidad en la que fue identificado como el propietario del lugar, existiendo coincidencias entre los dichos de las víctimas con el descargo efectuado..., en cuanto admite haber girado dinero a la República del Paraguay, como así adquirido los pasajes, recibéndolas en la localidad... hasta trasladarlas al local nocturno de conformidad con las circunstancias de tiempo, forma y modo que dan cuenta las pruebas acumuladas en la causa.

Que, en relación al agravante contemplado en el apartado tercero, no habrá de compartirse la postura adoptada por el juzgador, toda vez que de los dichos (...) en oportunidad de prestar declaración testimonial,

manifestó que: “luego de escaparse ... se encontró con una conocida de nombre..., la cual le comentó que fuera con ella a un lugar...” continúa relatando que, “se dirigieron a un lugar local de nombre “E. T.”, presentándole al dueño de nombre S., manifestando la declarante que quería trabajar, respondiéndole que podía hacerlo, comenzando ese mismo día (...) Que en el mes de agosto del corriente año en el T. quedaron solamente trabajando la declarante y otra chica de nombre..., ante lo cual S. decidió cerrarlo y llevar a la declarante y a S. a su otro bar ubicado en...” (...) De lo expuesto se infiere que la nombrada no revistió ningún grado de explotación en los términos que requiere el tipo penal reprochado, no advirtiéndose que se encontrara bajo una situación de vulnerabilidad y/o que fuera víctima de engaño, violencia, amenaza o cualquier otro medio de intimidación, razón por la cual respecto de este agravante habrá de adoptarse una decisión definitiva a su favor.

b) Situación procesal de E. A. M., en cuanto a la ausencia de elementos demostrativos de la conducta que se le reprocha sostenida por la defensa, habrá de señalarse que el accionar de M. resulta un eslabón fundamental en el hecho objeto de investigación, por cuanto el mismo capta y acompaña en el traslado a las víctimas desde la República del Paraguay a nuestro País, habiéndose encargado de la recepción de los pasajes remitidos por E., siendo que la víctima individualizada ...en su declaración testimonial detalla los pormenores del accionar típico de M., entre ellos, el ofrecimiento de “trabajar de empleada doméstica en Buenos Aires” y “la entrega de “200.000 guaraníes, los cuales se los entregó a su madre” para su hijo. En relación la víctima individualizada... en su declaración testimonial da cuenta de que E. concurría a su casa “todos los días” ofreciéndole trabajo en la ciudad..., “respondiendo ... que no...”. Hasta que el día 19 de agosto, “dado que... necesitaba plata, aceptó, ante lo cual E. le entregó la suma de 200.000 guaraníes, dinero este que la dicente entregó a su amiga, que quedaba a cargo del cuidado de sus hijos... Que en razón a las consideraciones dadas su accionar típico se encuentra ajustado a derecho y habrá de ser confirmada la resolución apelada.

c) Situación procesal de S. R. Ch: En relación a su conducta, el tribunal considera que a esta altura del proceso no obran en autos elementos con entidad suficiente que permitan sostener, aún con el grado de certeza por el que transita la causa que el nombrado tuviera participación en el hecho objeto de reproche.

En efecto, de los testimonios... se ubica a R. Ch. como un empleado de E., sin que la circunstancia de acompañar a éste último a buscar a la Terminal... y trasladar a las víctimas hasta... lleguen a abastecer por el momento la cautelar dispuesta por el señor juez *a quo*, por lo que las circunstancias del caso aconsejan dictar su falta de mérito, sin perjuicio que con el devenir de la investigación se colecten pruebas que permitan cambiar el criterio aquí sustentado.

d) Situación procesal de O. E. G.: Que de la lectura de lo actuado en función de lo expresado por la defensa y de los fundamentos en la resolución atacada, puede adelantarse que la pretensión revocatoria habrá de prosperar.

Al respecto habrá de señalarse que no se aprecian en autos elementos de prueba con la suficiente entidad como para confirmar el auto apelado. Ello así, en tanto de ninguna de las declaraciones señaladas en el resolutorio en crisis y reseñadas por la defensora oficial... en el escrito... al que se remite en razón de brevedad, se le puede atribuir a O. E. G., la conducta que se debe desplegar para reprochar el tipo penal contemplado en el art. 145 bis Ver Texto . Que siendo ello así, siendo escindibles en consecuencia los agravantes reprochados, habrá de aplicarse la solución prevista por el at. 309 Ver Texto del CPPN.

III B) Local nocturno denominado "D. V." ubicado en la...: Previo al ingreso de los agravios, en forma liminar en relación a la nulidad peticionada por la defensa de la orden de registro domiciliario del local "D. V." por carecer de debida fundamentación, corresponde dejar sentado que este Tribunal se expidió no haciendo lugar a la solicitud de nulidad, en incidente registrado bajo el nro. 5099/I del registro interno caratulado: "Z. R., A. y otro s/ incidente de nulidad" (1) [N 1] resuelta el 29/12/09. Que sentado ello, e ingresando al tratamiento a las cuestiones traídas a estudio en forma subsidiaria, conforme el orden preestablecido y:

a) En relación con la situación procesal de C. F. A.: Sobre el particular habrá de indicarse que si bien se comparte con el magistrado que hay un hecho delictuoso no así con la calificación legal, por cuanto no se ha demostrado, que el encausado haya ofrecido, captado, transportado o trasladado, dentro del país o desde o hacia el exterior, acogido o recibido personas menores de dieciocho años de edad, con fines de explotación, como lo exige el art. 145 ter Ver Texto , primer párrafo, del CPen.

Que si bien a fs. 198/200 vta., no se deja testimonio de la declaración de la menor... de la resolución apelada... surge que la misma manifiesta que vivía en el Paraguay “en compañía de su madre y que en... se encontró con una mujer de nombre M. la cual es conocida de familia, y en ese entonces sabía que trabaja en boliches en la Argentina, preguntándole si quería venir a trabajar con ella. Que la conversación quedó ahí, no viéndola más. Que con su madre deciden venir a la Argentina, más precisamente a... dado a que su madre tenía trabajo en el lugar, desconociendo cual era el mismo”. Posteriormente agrega la menor haber trabajado como niñera en... “pero no le gustó el mismo, habiendo permanecido aproximadamente unos veintidós días. Que volvió a... para trabajar con su tío... lavando autos, observando que un día llegó al lugar M., siendo esta persona que había hablado en Paraguay”. Que posteriormente recibe un llamado de M. preguntándole a la declarante si quería trabajar con ella, “que en la intención de ayudar económicamente a su madre decidió aceptar el trabajo pero para que su madre no se entere cuál sería su nuevo trabajo decidió junto a M. decirle que volvería a... a cuidar otra vez al hijo de la conocida...”. Agrega que viajaron hasta llegar a Atalaya “que llegaron al lugar... que en el interior había una persona llamada C., quién refirió que iba a ser su patrón, preguntándole que edad tenía, respondiéndole la dicente que tenía 15 años, para hacer un silencio y luego preguntarle si tenía su documento, y al responderle en forma afirmativa le indicó que podría trabajar, que nunca había trabajado en un lugar de ese tipo, razón por la cual se le indicó la forma de cómo hacerlo y de qué forma vestirse. Que a los ocho días de estar trabajando se presentó al lugar una mujer que fue presentada como A., la cual es pareja de C. la que volvía del Paraguay trabajando en el bar como cobradora y atendía la barra. Que pacto con C. cobrar 50% para cada uno y que el pago se haría cada 8 días”.

(...) a través de la declaración indagatoria de C. F. A. se confirman los dichos de la menor en el sentido de la que la misma llega al local nocturno por M., y las demás circunstancias que rodearon al hecho.

De todo lo narrado se concluye que la calificación de la conducta encuentra una mejor adecuación típica en las previsiones del art. 125 bis Ver Texto del CPen. que reprime al que: “que promoviere o facilitare la prostitución de menores de dieciocho 18 años aunque mediare el consentimiento de la víctima”.

Que en razón de las consideraciones dadas habrá de revocarse la resolución en el sentido indicado.

b) Situación procesal de A. E. Z. R.: De acuerdo a lo expuesto en cuanto a la situación procesal de su consorte de causa y en atención a lo declarado por la víctima de autos G.C.A sin perjuicio de ser la concubina de C. F. A., no se aprecia un nexo causal entre la misma y el hecho atribuido, con lo cual cabe adoptar una decisión definitiva a su favor.

Por ello es que se **RESUELVE**:

I- Confirmar parcialmente la resolución... que decide en su punto 1) Decretar el procesamiento con prisión preventiva de S. G. E. por considerarlo "*prima facie*" autor del delito previsto en el art. 145 bis Ver Texto, párrafo segundo, apartado 2, revocándose el agravante contemplado en el apartado 3.

II- Revocar la resolución... que decide en su punto 2) Decretar el procesamiento sin prisión preventiva de S. R. Ch por considerarlo "*prima facie*" partícipe secundario del delito previsto en el art. 145 bis Ver Texto, párrafo segundo, apartado 2 del CPen., dictándose la falta de mérito a su favor (Art. 309 Ver Texto del CPPN.).

III- Confirmar la resolución... en cuanto se decide en su punto 3) Decretar el procesamiento sin prisión preventiva de E. A. M. por considerarlo "*prima facie*" partícipe secundario del delito previsto en el art. 145 bis Ver Texto, párrafo segundo, apartado 2 del CPen.

IV- Revocar la resolución... en cuanto decide en su punto 4) Decretar el procesamiento con prisión preventiva de C. F. A. y A. Z. R. por considerarlos "*prima facie*" coautores del delito previsto en el art. 145 ter Ver Texto del CPen., decretándose el procesamiento con prisión preventiva de C. F. A. por considerarlo autor del delito previsto en el art. 125 bis Ver Texto, primer párrafo, del CPen., sobreyéndose a A. Z. R., por el delito por el cual fuera indagada, en los términos del art. 336 inc. 2 Ver Texto del CPPN.

V- Revocar la resolución.... en cuanto decide en su punto I- Decretar el procesamiento con prisión preventiva de O. E. G., por considerarlo "*prima facie*" autor del delito previsto en el art. 145 bis Ver Texto, párrafo segundo, apartados 2 y 3 del CPen., declarando la falta de mérito a su favor en los términos del art. 309 Ver Texto del CPPN,

consecuentemente disponer su inmediata libertad a través del Juzgado *a quo*, previo verificar que no registre orden de detención o captura emanada de autoridad competente.

Regístrese, notifíquese, devuélvase.

Carlos R. Compaired - Julio V. Reboredo. (Sec.: Alicia M. Di Donato.)

Bibliografía

ABOSO, Gustavo, *Código Penal de la República Argentina. Comentado, concordado con jurisprudencia*, Buenos Aires-Montevideo, BdeF, 3^{ra} edición, 2016.

Anteproyecto de Código Penal de la Nación, Buenos Aires, Infoleg, 2014.

AROCENA, Gustavo, *Ataques a la integridad sexual*, Buenos Aires, Astrea, 2012.

BAIGÚN, David y ZAFFARONI, Eugenio (dirs.); TERRAGNI, Marco (coord.), *Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial. Parte especial*, Buenos Aires, Hammurabi, 2^{da} ed. actualizada y ampliada, 2010, T. 4.

BENITEZ, Víctor, “Proxenetismo agravado en Código Penal Comentado de acceso libre”, en revista *Pensamiento Penal*. Disponible en: www.pensamientopenal.com.ar

BREGLIA ARIAS, Omar y GAUNA, Omar, *Código Penal y leyes complementarias. Comentado anotado y concordado*, Buenos Aires, 6^{ta} edición actualizada y ampliada, Astrea, 2007, T. I.

BUOMPADRE, Jorge, *Derecho Penal. Parte especial*, Corrientes, Mave, 2^{da} ed. actualizada, 2003, T. I.

CARRARA, Francesco, *Programa de Derecho Criminal. Parte Especial*, Vol. VI, Bogotá, Temis, reimpresión de 6^{ta} ed., 2001, T. VIII.

CHRISTEN, Adolfo y MOROSI, Guillermo, “Ley 12.331 Profilaxis Antivenérea”, en D’Alessio, Andrés (dir.) y Divitto, Mauro (coord.), *Código Penal comentado y anotado. Leyes penales comentadas*, Buenos Aires, La Ley, 2^{da} ed. actualizada y ampliada, 2009-2010, T. III.

CREUS, Carlos y BUOMPADRE, Jorge, *Derecho Penal. Parte especial*, Buenos Aires, Astrea, 7^{ma} ed. actualizada y ampliada, 2007, T. I.

DE LUCA, Javier y LANCMAN, Valeria, “Promoción y Facilitación de la Prostitución. Código Penal Comentado de acceso libre”, en revista *Pensamiento Penal*. Disponible en: www.pensamientopenal.com.ar

DE LUCA, Javier y LÓPEZ CASARIEGO, Julio, *Delitos contra la integridad sexual*, Buenos Aires, Hammurabi, 2009.

DONNA, Edgardo, *Delitos contra la integridad sexual*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2^{da} edición actualizada, 2005.

ESTRELLA, Oscar, *De los delitos sexuales*, Buenos Aires, Hammurabi, 2005.

ESTRELLA, Oscar y GODOY LEMOS, Roberto, *Código Penal. Parte especial. De los delitos en particular*, Buenos Aires, Hammurabi, 2^{da} ed. actualizada y ampliada, 2007, T. I.

FIGARI, Rubén, *Delitos de índole sexual. Doctrina nacional actual*, Río Cuarto, Córdoba, S&S Editores, 2^{da} ed. actualizada y ampliada, 2011.

_____ *La prostitución “dinástica” como factor de error de prohibición*. Disponible en: elDial.com (referencia: DCECo).

FONTÁN BALESTRA, Carlos, *Tratado de Derecho Penal. Parte especial*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2^{da} ed. actualizada por Guillermo Ledesma, 1992.

FONTÁN BALESTRA, Carlos y MILLÁN, Carlos, *La reformas al Código Penal ley 17567*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1968.

GAVIER, Enrique, *Delitos contra la integridad sexual*, Córdoba, Marcos Lerner, 1999.

GOLDSTEIN, Raúl, *Diccionario de Derecho Penal y Criminología*, Buenos Aires, Astrea, 1993.

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, “La prostitución y el delito. Tipicidad e interpretación de la ley 12.331”, en *El criminalista*, La Ley, 2^a edición, 1946-1952, T. I.

MORENO RODRÍGUEZ, Rogelio, *Diccionario de Ciencias Penales*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2001.

NÚÑEZ, Ricardo, *Tratado de Derecho Penal*, Vol. II, Córdoba, Marcos Lerner, 1988, T.III.

REINALDI, Víctor, *Los delitos sexuales en el Código Penal argentino (ley 27.087)*, Córdoba, Marco Lerner, 2^{da} ed. actualizada, 2005.

SOLER, Sebastián, *Derecho Penal argentino*, Buenos Aires, TEA, 1970, T. III.

TAZZA, Alejandro, *Código Penal de la Nación argentina comentado*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2018, T. I.

TENCA, Adrián, *Delitos Sexuales*, Buenos Aires, Depalma, 2001.

VILLADA, Jorge, *Delitos sexuales y trata de personas*, Buenos Aires, La Ley, 3^{ra} ed. actualizada y ampliada, 2017.

ZAFFARONI, Eugenio, *Tratado de Derecho Penal*, Buenos Aires, Ed. Ediar, 2004, T. IV.

ZAFFARONI, Eugenio y ARNEDO, Miguel, *Digesto de codificación penal argentina*, Buenos Aires, AZ Editora, 1996, T. I, II, III, IV, V, VI y VII.

El delito de captación sexual infantil por medios electrónicos (*grooming*)*

Mary Beloff, Diego Freedman, Mariano Kierszenbaum y Martiniano Terragni**

Presentación del tema

El delito de captación sexual infantil por medios electrónicos, denominado *grooming*, fue incluido en el artículo 131 del Código Penal¹ en 2013 mediante la Ley N° 26904.² Esta figura tiene como objetivo la cri-

* Versión revisada y actualizada. Fue publicada por esta Editorial en el libro *Transferencia de la justicia penal ordinaria en el proceso de autonomía de la CABA II*, 2018. Este delito es competencia de la CABA según lo establecido en el art. 2 de la Ley N° 26702 y refrendado por la Ley N° 5935 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, sancionada el 07/12/2017. Como consecuencia de ello, el 12/01/2018 la Fiscalía General, la Defensoría General y la Asesoría General Tutelar de la CABA resolvieron conjuntamente establecer como criterio general de actuación que “a partir de las cero horas del 3 de febrero de 2018, los/las fiscales, defensores/as y los asesores tutelares del Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, deberán asumir la competencia de los tipos penales previstos en los arts. 125 bis, 131, 148 bis, 193 bis, 276 bis, 301 bis del Código Penal y la Ley n° 27.330.”

** **Mary Beloff:** Catedrática de Derecho Penal en la Universidad de Buenos Aires. Profesora Titular de Derecho Penal en la Facultad de Derecho de dicha Institución e Investigadora del Departamento de Derecho Penal de la misma Facultad. Autora de numerosas obras sobre justicia penal y justicia penal juvenil publicadas en el país y en el extranjero.
Diego Freedman: Abogado (UBA). Docente integrante de la cátedra de la Dra. Beloff (Facultad de Derecho, UBA). Prosecretario Letrado en el Consejo de la Magistratura de la Nación.

Mariano Kierszenbaum: Docente de Derecho Penal y Procesal Penal de la Universidad de Buenos Aires. Director Nacional para Adolescentes Infractores de la Ley Penal.

Martiniano Terragni: Abogado. Docente e investigador del Departamento de Derecho Penal de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Integrante de la Cátedra de la Profesora Mary Beloff, autor y coautor de numerosos trabajos sobre justicia penal y justicia penal juvenil.

1. Código Penal, art. 131: “Será penado con prisión de seis (6) meses a cuatro (4) años el que, por medio de comunicaciones electrónicas, telecomunicaciones o cualquier otra tecnología de transmisión de datos, contactare a una persona menor de edad, con el propósito de cometer cualquier delito contra la integridad sexual de la misma”.

2. Ley N° 26904, sancionada el 13/11/2013, promulgada el 04/12/2013 y publicada en el BO N° 32783 del 11/12/2013.

mineralización del contacto con un niño³ a través del uso de las nuevas tecnologías de comunicación cuando se constituye en un acto necesario para la futura y prevista comisión de un delito contra la integridad sexual (como pueden ser el abuso sexual infantil,⁴ la corrupción de menores,⁵

3. Nos referimos a los niños como comprensivo de la categoría de niñas, niños y adolescentes. Así, la Corte Interamericana de Derechos Humanos sostuvo que: “El término niño abarca, evidentemente, los niños, las niñas y los adolescentes”, Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), Opinión Consultiva N° 17/2002, *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*, Serie A, N° 17, del 28 de agosto de 2002, nota 45.

4. Código Penal, art. 119: “Será reprimido con reclusión o prisión de seis (6) meses a cuatro (4) años el que abusare sexualmente de una persona cuando esta fuera menor de trece (13) años o cuando mediare violencia, amenaza, abuso coactivo o intimidatorio de una relación de dependencia, de autoridad, o de poder, o aprovechándose de que la víctima por cualquier causa no haya podido consentir libremente la acción. La pena será de cuatro (4) a diez (10) años de reclusión o prisión cuando el abuso por su duración o circunstancias de su realización, hubiere configurado un sometimiento sexual gravemente ultrajante para la víctima.

La pena será de seis (6) a quince (15) años de reclusión o prisión cuando mediando las circunstancias del primer párrafo hubiere acceso carnal por vía anal, vaginal u oral o realizare otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías.

En los supuestos de los dos párrafos anteriores, la pena será de ocho (8) a veinte (20) años de reclusión o prisión si: a) Resultare un grave daño en la salud física o mental de la víctima; b) El hecho fuere cometido por ascendiente, descendiente, afin en línea recta, hermano, tutor, curador, ministro de algún culto reconocido o no, encargado de la educación o de la guarda; c) El autor tuviere conocimiento de ser portador de una enfermedad de transmisión sexual grave, y hubiere existido peligro de contagio; d) El hecho fuere cometido por dos o más personas, o con armas; e) El hecho fuere cometido por personal perteneciente a las fuerzas policiales o de seguridad, en ocasión de sus funciones; f) El hecho fuere cometido contra un menor de dieciocho (18) años, aprovechando la situación de convivencia preexistente con el mismo.

En el supuesto del primer párrafo, la pena será de tres (3) a diez (10) años de reclusión o prisión si concurren las circunstancias de los incisos a), b), d), e) o f)” (Texto conforme a la Ley N° 27352, sancionada el 26/04/2017 y publicada en el BO del 17/05/2017).

Código Penal, art. 120: “Será reprimido con prisión o reclusión de tres a seis años el que realizare algunas de las acciones previstas en el segundo o en el tercer párrafo del artículo 119 con una persona menor de dieciséis años, aprovechándose de su inmadurez sexual, en razón de la mayoría de edad del autor, su relación de preeminencia respecto de la víctima, u otra circunstancia equivalente, siempre que no resultare un delito más severamente penado”.

5. Código Penal, art. 125: “El que promoviere o facilitare la corrupción de menores de dieciocho años, aunque mediare el consentimiento de la víctima será reprimido con reclusión o prisión de tres a diez años. La pena será de seis a quince años de reclusión o prisión cuando la víctima fuera menor de trece años. Cualquiera que fuese la edad de la víctima, la pena será de reclusión o prisión de diez a quince años, cuando mediare

la promoción de la prostitución infantil,⁶ la producción de pornografía infantil,⁷ las exhibiciones obscenas⁸ o el rapto⁹).

La necesidad de la criminalización de estos comportamientos viene impuesta por el Derecho Internacional a partir del Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños,

engaño, violencia, amenaza, abuso de autoridad o cualquier otro medio de intimidación o coerción, como también si el autor fuera ascendiente, cónyuge, hermano, tutor o persona conviviente o encargada de su educación o guarda”.

6. Código Penal, art. 125 bis: “El que promoviere o facilitare la prostitución de una persona será penado con prisión de cuatro (4) a seis (6) años de prisión, aunque mediare el consentimiento de la víctima”.

Código Penal, art. 126: “Cuando la víctima fuere menor de dieciocho (18) años la pena será de diez (10) a quince (15) años de prisión”.

7. Código Penal, art. 128: “Será reprimido con prisión de tres (3) a seis (6) años el que produjere, financiare, ofreciere, comerciare, publicare, facilitare, divulgare o distribuyere, por cualquier medio, toda representación de un menor de dieciocho (18) años dedicado a actividades sexuales explícitas o toda representación de sus partes genitales con fines predominantemente sexuales, al igual que el que organizare espectáculos en vivo de representaciones sexuales explícitas en que participaren dichos menores. Será reprimido con prisión de cuatro (4) meses a un (1) año el que a sabiendas tuviere en su poder representaciones de las descritas en el párrafo anterior.

Será reprimido con prisión de seis (6) meses a dos (2) años el que tuviere en su poder representaciones de las descritas en el primer párrafo con fines inequívocos de distribución o comercialización.

Será reprimido con prisión de un (1) mes a tres (3) años el que facilitare el acceso a espectáculos pornográficos o suministrare material pornográfico a menores de catorce (14) años.

Todas las escalas penales previstas en este artículo se elevarán en un tercio en su mínimo y en su máximo cuando la víctima fuere menor de trece (13) años”. (texto conforme a la Ley N° 27436, sancionada el 21/03/2018 y publicada en el BO N° 33856 del 23/04/2018)

8. Código Penal, art. 129: “Será reprimido con multa de mil a quince mil pesos el que ejecutare o hiciese ejecutar por otros actos de exhibiciones obscenas expuestas a ser vistas involuntariamente por terceros. Si los afectados fueren menores de dieciocho años la pena será de prisión de seis meses a cuatro años. Lo mismo valdrá, con independencia de la voluntad del afectado, cuando se tratare de un menor de trece años”.

9. Código Penal, art. 130: “Será reprimido con prisión de uno a cuatro años, el que sustrajere o retuviere a una persona por medio de la fuerza, intimidación o fraude, con la intención de menoscabar su integridad sexual. La pena será de seis meses a dos años, si se tratare de una persona menor de dieciséis años, con su consentimiento. La pena será de dos a seis años si se sustrajere o retuviere mediante fuerza, intimidación o fraude a una persona menor de trece años, con el mismo fin”.

la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía.¹⁰ Así lo ha reconocido la jurisprudencia.¹¹

Además, el amplio *corpus iuris* de derecho internacional¹² contiene diversas normas referidas a la protección del niño frente a los ataques

10. Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, aprobado por la Asamblea General, Resolución N° A/RES/54/263 del 25/05/2000. Entrada en vigor: 18/01/2002. En su Observación General N° 17 (2013) sobre el derecho del niño al descanso, el esparcimiento, el juego, las actividades recreativas, la vida cultural y las artes (artículo 31), el Comité de Derechos del Niño—reconocido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación como el “intérprete autorizado en el plano universal de dicha Convención” (Fallos 331:2047, del considerando 4 del voto de los jueces Lorenzetti, Highton de Nolasco, Fayt, Petracchi, Maqueda y Zaffaroni)—entendió que: “Las tecnologías de la información y de las comunicaciones se están convirtiendo en una dimensión central de la realidad diaria de los niños. Hoy día, los niños se desplazan sin problemas entre el mundo real y el mundo virtual. Estas plataformas ofrecen enormes beneficios—educativos, sociales y culturales—, y se alienta a los Estados a que adopten todas las medidas necesarias para velar por que todos los niños tengan las mismas oportunidades de obtener esos beneficios. El acceso a Internet y a los medios sociales es fundamental para el ejercicio de los derechos consagrados en el artículo 31 en el mundo globalizado. Sin embargo, el Comité está preocupado por el creciente *corpus* de pruebas que indican que esos entornos, y el tiempo que los niños dedican a interactuar con ellos, pueden representar también un riesgo y un daño considerables para los niños. Por ejemplo: El acceso a Internet y a los medios sociales expone a los niños al ciberacoso, la pornografía y la manipulación psicológica...” (de los párrafos 45 y 46).

11. Se ha sostenido que la tipificación del delito de *grooming* permite “cumplir con estándares mínimos fijados por la estructura jurídica internacional elaborada al respecto: Convención sobre los Derechos del Niño; el Protocolo Opcional de la Convención sobre los Derechos del Niño acerca de la venta de niños, la prostitución infantil y la pornografía infantil; el Protocolo para la Prevención, Supresión y Castigo del Tráfico de Personas, Especialmente Mujeres y Niños, complementario a la Convención de las Naciones Unidas contra el Crimen Organizado Transnacional—Protocolo de Palermo—; la Convención del Consejo de Europa sobre Ciberdelitos; la Convención del Consejo de Europa sobre la Protección de los Niños ante la Explotación y el Abuso Sexuales; Memorándum de Montevideo sobre la Protección de Datos Personales y Vida Privada en las Redes Sociales en Internet, particularmente en los niños, niñas y adolescentes; todo ello pone de manifiesto la preocupación de la comunidad internacional ante la proliferación de conductas que, al involucrar a menores, hieren los más profundos sentimientos personales, familiares y sociales...”, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, Sala VI, “S., A. M. s/procesamiento”, del 06/11/2017.

12. Tal expresión será utilizada con los alcances dados por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos: “Tanto la Convención Americana como la Convención sobre los Derechos del Niño forman parte de un muy comprensivo *corpus juris* internacional de protección de los niños que debe servir a esta Corte para fijar el contenido y los alcances de la disposición general definida en el artículo 19 de la Convención

sexuales. Así, por ejemplo, la Convención sobre los Derechos del Niño, en el artículo 19 establece que

Los Estados Partes adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo. Esas medidas de protección deberían comprender, según corresponda, procedimientos eficaces para el establecimiento de programas sociales con objeto de proporcionar la asistencia necesaria al niño y a quienes cuidan de él, así como para otras formas de prevención y para la identificación, notificación, remisión a una institución, investigación, tratamiento y observación ulterior de los casos antes descritos de malos tratos al niño y, según corresponda, la intervención judicial.

Asimismo, es importante señalar que mediante la Ley N° 27411¹³ se aprobó el Convenio sobre Cibercriminación del Consejo de Europa.¹⁴ Dicho convenio establece los delitos relacionados con la pornografía infantil en su artículo 9:

1. Los Estados firmantes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo que se estimen necesarias para prevenir como infracción penal, conforme a su derecho interno, las siguientes conductas cuando éstas sean cometidas dolosamente y sin autorización:
 - a. la producción de pornografía infantil con la intención de difundirla a través de un sistema informático;
 - b. el ofrecimiento o la puesta a disposición de pornografía infantil a través de un sistema informático;
 - c. la difusión o la transmisión de pornografía infantil a través de un sistema informático;
 - d. el hecho de procurarse o de procurar a otro pornografía infantil a través de un sistema informático;
 - e. la posesión de pornografía infantil en un sistema informático o en un medio de almacenamiento de datos informáticos.

Americana”, Corte IDH, caso “Villagrán Morales y otros vs. Guatemala” (caso de los “Niños de la Calle”), sentencia del 19/11/1999, Serie C N° 63, párrafo 194, entre otros.

13. Sancionada el 22/11/2017 y publicada en el BO N° 33772 del 15/12/2017.

14. Adoptado el 23 de noviembre de 2001 en la Ciudad de Budapest, Hungría.

2. A los efectos del párrafo 1 arriba descrito, la «pornografía infantil» comprende cualquier material pornográfico que represente de manera visual:
 - a. un menor adoptando un comportamiento sexualmente explícito;
 - b. una persona que aparece como un menor adoptando un comportamiento sexualmente explícito;
 - c. unas imágenes realistas que representen un menor adoptando un comportamiento sexualmente explícito.
3. A los efectos del párrafo 2 arriba descrito, el término “menor” designa cualquier persona menor de 18 años. Los Estados podrán exigir un límite de edad inferior, que debe ser como mínimo de 16 años.
4. Los Estados podrán reservarse el derecho de no aplicar, en todo o en parte, los párrafos 1 (d) y 1 (e) y 2 (b) y 2 (c).¹⁵

A continuación, realizaremos un estudio sintético de la figura de *grooming* teniendo en cuenta los antecedentes parlamentarios, el tipo penal diseñado por el legislador nacional y la sanción prevista.

Antecedentes parlamentarios

El trámite parlamentario de la Ley N° 26904 se inició en el Senado de la Nación durante 2011, sobre la base de dos proyectos legislativos cuya redacción era bastante diferente al texto de la media sanción.¹⁶

15. Debe señalarse que Argentina, de acuerdo con la Ley N° 27411, estableció una reserva de los arts. 9.1.d, 9.2.b y 9.2.c porque los consideró incompatibles con el Código Penal vigente y una reserva parcial del art. 9.1.e por entender que el mismo sólo es aplicable de acuerdo a legislación penal vigente a la fecha, cuando la posesión fuera cometida con inequívocos fines de distribución o comercialización. Debe aclararse que actualmente se ha tipificado la mera tenencia de pornografía infantil, por lo tanto, el Código Penal vigente se adecúa a este estándar internacional.

16. El proyecto de ley de la senadora Bongiorno (S-3267/10), cuyo texto establecía que: “Artículo 125 ter: Será reprimido con la pena de reclusión o prisión de tres a diez años el que, utilizando medios electrónicos, perturbare moral y/o psicológicamente a menores de dieciocho años con fines de someterlo sexualmente mediante la utilización de transferencia de datos en cualquiera de sus formatos digitales”. Por su parte, el proyecto de los senadores Higonet y Verna establecía que “Artículo 128 bis: Será reprimido con prisión de seis (6) meses a cuatro (4) años el que por intermedio de identidad falsa, mediante la utilización de cualquier medio electrónico, cometiere acciones destinadas a ejercer influencia sobre un menor para que este realice, a través del mismo medio, actividades sexuales explícitas o actos con connotación sexual. La pena será de dos (2) años a seis

El Senado, en la sesión del 2 de noviembre de 2011, aprobó la sanción de la ley con un texto idéntico al que tendría posteriormente la Ley N° 26904 por medio de una votación unánime.

En la Cámara de Diputados de la Nación, el proyecto recibió tratamiento parlamentario en la sesión del 11 de septiembre de 2013 junto con otros proyectos de ley en ese ámbito.¹⁷ En dicha oportunidad se aprobó unánimemente¹⁸ con un texto diferente al aprobado por la Cámara de Senadores. Se propuso la incorporación de la figura de *grooming* con el siguiente texto:

Será reprimida con prisión de tres (3) meses a dos (2) años la persona mayor de edad, que por medio de comunicaciones electrónicas, telecomunicaciones o cualquier otra tecnología de transmisión de datos, le requiera de cualquier modo a una persona menor de trece (13) años que realice actividades sexuales explícitas o actos con connotación sexual o le solicite imágenes de sí misma con contenido sexual. La misma pena se aplicará a la persona mayor de edad que realizare las acciones previstas en el párrafo anterior con una persona mayor de trece (13) y menor de dieciséis (16) años, cuando mediare engaño, abuso de autoridad o intimidación.

Asimismo, se establecía que la acción penal en este delito requería instancia privada. En el debate parlamentario, el diputado Albrieu justificó este texto diferente de la figura de *grooming* alegando que, en primer lugar, la escala penal para el contacto previo no debe ser la misma que la del delito contra la integridad sexual. A la vez, alegó que la conducta incriminada sólo se refiere a un contacto que no lesiona al bien jurídico, sino que sólo lo pone en peligro.¹⁹

(6) años cuando el material pornográfico obtenido a través de la conducta anterior sea utilizado para obligar a hacer o no hacer algo en contra de su voluntad”.

17. Proyecto de los diputados Bertol, Pinedo y Schmidt Liberman (N° 9-D-2012), Nancy González (N° 2604-D -2013) y De Narváez, Ferrari y Gambaro (N° 3064-D-2013).

18. Se registraron 207 votos afirmativos y 3 abstenciones sobre 211 diputados presentes.

19. “Estamos –y este es nuestro problema, señor presidente– frente a dos cuestiones discutibles de esta norma. En primer lugar, la escala penal elegida nos lleva a la misma pena para este tipo de contacto previo para cometer un delito que la que podría corresponder si se cometiera el delito, lo cual es una incongruencia desde el punto de vista de la lógica penal. Por otro lado, no estamos frente a un delito que provoque una lesión al bien jurídico protegido sino solamente ante un acto que pone en peligro ese bien jurídico, y desde una perspectiva constitucional, de los derechos fundamentales y de los tratados internacionales que la Argentina ha suscripto, es siempre discutible el tener un delito de peligro en lugar de un delito de lesión, más discutible y más observable

El texto retornó a la Cámara de Senadores y fue tratado en la sesión del 13 de noviembre de 2013, en la cual se insistió en la redacción originaria con unanimidad.

Bien jurídico

El delito de *grooming* fue incorporado en nuestro Código Penal dentro del Título III del Libro Segundo, referido a los delitos contra la integridad sexual.²⁰ La doctrina considera, sin embargo, que el bien jurídico protegido es, en realidad, la *libertad sexual*.²¹

es cuando esa lesión está cada vez más lejana de la acción típica que queremos penar. Obsérvese que en este caso se está penando solamente el tomar contacto con un menor a través de Internet. En un caso similar pero en la vida real, tener contacto en la calle con un menor, como lo hace un pederasta, para cometer un delito no es ni siquiera un acto preparatorio para cometer el delito. Entonces, penar esto cuando se comete a través de la red parece excesivo y contrario a los principios constitucionales que debemos respetar. Estaríamos sancionando un delito de peligro con una actividad muy lejana a una verdadera lesión del bien jurídico protegido. Quizás puede servir de explicación, parcial pero insuficiente, el hecho de tener en claro que frente a los contactos por Internet los padres y los cuidadores de los menores están siempre en una actitud de menor cuidado”.

20. En el Código Penal de España también se ha considerado que afecta este bien jurídico: “Así, en el delito de *childgrooming* se protege el bien jurídico indemnidad sexual, entendido como el normal desarrollo y formación de la vida sexual, o incluso en términos más amplios, como el derecho a no sufrir daño en la esfera sexual” (en Villacampa Estiarre, Carolina, “Propuesta sexual telemática a menores u online *childgrooming*: configuración presente del delito y perspectivas de modificación”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXIV, Universidad de Santiago de Compostela, 2014, p. 677).

21. “Dicha conducta se encuentra tipificada dentro del título de los delitos contra la integridad sexual, lo que establece el bien jurídico cuya afectación se pena. En este sentido, este título tutela el derecho a la disponibilidad del propio cuerpo en cuanto a su sexualidad y se entiende que se habla de libertad sexual, en el sentido de una libertad de hacer o dejar de hacer, que debe ser entendido en su aspecto negativo, o de reserva, también llamado estático o pasivo, de repeler los ataques de índole sexual (Baigún, David y Zaffaroni, Eugenio, *Código Penal, Parte especial*, 4, Buenos Aires, Hammurabi, 2ª edición, p. 568 y ss.)”, Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Sala I, causa N°27072/2017-1, “N.N. sobre 131 - Contactar menor de edad por intermedio de tecnologías para cometer delitos de integridad sexual”, rta. 23/04/2018, voto de la Dra. Marum.

Anteriormente el bien jurídico protegido en ese Título del Código Penal era la honestidad,²² título que fue reformado en 1999 por su incompatibilidad manifiesta, centralmente, con los derechos de las mujeres y niñas, así como con las ideas modernas acerca de la sexualidad.²³

La naturaleza anticipatoria del *grooming*

El legislador ha reprimido una conducta previa y necesaria para cometer un delito contra la integridad sexual, que manifiesta en sí misma no sólo la intencionalidad del autor, sino que también pone en peligro concreto la libertad sexual del niño. En función de ello, este nuevo delito podría ser clasificado, desde el punto de vista material,²⁴ como un acto preparatorio de un delito de abuso sexual.²⁵ El legislador considera que

22. Explicaba Moreno, Rodolfo (h), *El Código Penal y sus antecedentes*, Buenos Aires, Tommasi, 1922, T. IV, p. 209: “La palabra *honestidad* tiene un sentido amplio y se aproxima al que tiene el término *corrección* [...] Ideas de carácter religioso y social que gravitan en el mundo civilizado hacen que se considere, por lo menos exteriormente, que las relaciones sexuales no son lícitas sino dentro del matrimonio. Fuera del mismo constituyen un pecado o un delito, según los casos. La familia se encuentra organizada bajo la base del matrimonio, siendo, por consiguiente, lógico y justo que se exija la fidelidad conyugal y se impida el libertinaje”.

23. Reforma introducida por la Ley N° 25087, sancionada el 14/04/1999, promulgada el 07/05/1999 y publicada el 14/05/1999.

24. Sobre la noción material de tentativa y preparación, en contraposición del concepto formal, ver: Jakobs, Günther, “Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico” (traducción de Enrique Peñaranda Ramos), en Jakobs, Günther, *Fundamentos del derecho penal*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1996, p. 181 y ss.

25. La naturaleza preparatoria del *grooming* se hace explícita en el Anteproyecto de Código Penal de la Nación Argentina (Comisión para la Reforma del Código Penal de la Nación, Decreto N° 103/2017): “Artículo 122.- Se impondrá prisión de SEIS (6) meses a CINCO (5) años, siempre que el hecho no importe un delito más severamente penado, a la persona mayor de edad que:

1°) Tomare contacto con una persona menor de TRECE (13) años mediante conversaciones o relatos de contenido sexual.

2°) Le requiera, por cualquier medio y de cualquier modo, a una persona menor de TRECE (13) años que realice actividades sexuales explícitas o actos con connotación sexual o le solicite imágenes de sí misma con contenido sexual.

3°) Le proponga, por cualquier medio y de cualquier modo, a una persona menor de TRECE (13) años concertar un encuentro para llevar a cabo actividades sexuales con ella, siempre que tal propuesta se acompañe de actos materiales encaminados al acercamiento.

4°) Realizare cualquiera de las acciones previstas en los incisos 1°, 2° y 3° con una persona mayor de TRECE (13) años y menor de DIECISEIS (16) años, aprovechándose de su

en materia de niños, los actos de captación ya constituyen comportamientos socialmente perturbadores con relación a la integridad sexual, razón por la cual ha decidido su criminalización como delito autónomo.

Este recurso legislativo, que consiste en anticipar la punibilidad de un comportamiento mediante la creación de un delito autónomo anterior al acto de lesión concreta al objeto de bien jurídico, no es nuevo. En materia de integridad sexual ya existían los supuestos de raptó y trata de personas (este último la contempla, cuando su finalidad es la explotación sexual, pero se ubica entre los delitos contra la libertad). Esto no constituye un quebrantamiento a los principios de exteriorización y lesividad, en la medida en que ellos sean apreciados también, ya de manera autónoma, como comportamientos socialmente perturbadores con relación al bien que se protege. Ello quedará más claro al analizar el verbo típico y la *ultrafinalidad*.

inmadurez sexual o si mediante engaño, violencia, amenaza, abuso de autoridad o de una situación de vulnerabilidad, o cualquier otro medio de intimidación o coerción.

5°) Realizare cualquiera de las acciones previstas en los incisos 1°, 2° y 3° con una persona mayor de DIECISÉIS (16) años y menor de DIECIOCHO (18) años si mediante engaño, violencia, amenaza, abuso de autoridad o de una situación de vulnerabilidad, o cualquier otro medio de intimidación o coerción”.

Con anterioridad, la Comisión para la Elaboración del Proyecto de Ley de Reforma, Actualización e Integración del Código Penal de la Nación (decreto PEN 678/12), había redactado el tipo penal de la siguiente forma en el inc. 2 del art. 133: “2. Será penado con prisión de UNO (1) a CINCO (5) años, el mayor de edad que tomare contacto con un menor de trece años, mediante conversaciones o relatos de contenido sexual, con el fin de preparar un delito de este Título”.

Este mismo sentido ya le asignada a la figura por la jurisprudencia: “Claro está que como se trata de un delito de peligro, de un adelanto de la punibilidad hacia actos preparatorios, no es necesario que exista principio de ejecución de algún delito contra la integridad sexual para que se configure el injusto bajo estudio. Precisamente el ilícito previsto en el art. 131 del código de fondo en materia penal se consuma cuando se produzca el contacto virtual y pueda establecerse la ya mencionada finalidad de cometer un delito contra la integridad sexual, dado que se busca proteger la dignidad de los menores, como así su normal desarrollo psíquico y sexual, evitando los ataques que puedan comprometer dicho desarrollo”, Juzgado en lo Correccional N° 1 de Bahía Blanca, causa N° 1.060/15, “F.J.M. s/corrupción mediante *grooming*”, del 01/09/2015, entre los primeros.

Tipificación

Tipo objetivo

Sujeto activo

El tipo penal no prevé ningún requisito respecto del sujeto activo que cometa la conducta tipificada, de modo que puede ser cualquier persona,²⁶ incluso un niño o adolescente. En el caso de que el adolescente sea mayor de 16 años de edad podrá eventualmente ser penalmente responsable de acuerdo con el régimen especial vigente.²⁷

Conducta

El verbo típico del delito de *grooming* es “contactar”. Este verbo, entendido sin relación con el contexto, difícilmente pueda remitirnos a una acción que pueda ser considerada ilícita. El verbo aparece solamente como ilícito cuando se tiene en miras la finalidad a la que se dirige ese contacto: cometer un delito contra la integridad sexual. Sin embargo, no puede interpretarse que cualquier contacto pueda quedar abarcado por el delito de *grooming* siempre que exista esa finalidad en la mente del autor, como puro estado psíquico. Si fuera así, la punibilidad tendría por base solamente un elemento interno, lo cual está vedado por el principio de exteriorización, como lo explica Jakobs: “La pregunta por lo interno sólo está permitida para la interpretación de aquellos fenómenos externos que son ya, en cualquier caso, perturbadores”.²⁸

26. Así se ha considerado por la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Sala I, causa N° 27072/2017-1, citada *supra*, ver voto de la jueza Marum.

27. Ley N° 22278, art. 1: “No es punible el menor que no haya cumplido dieciséis (16) años de edad. Tampoco lo es el que no haya cumplido dieciocho (18) años, respecto de delitos de acción privada o reprimidos con pena privativa de la libertad que no exceda de dos (2) años, con multa o con inhabilitación...”. Art. 2: “Es punible el menor de dieciséis (16) años a dieciocho (18) años de edad que incurriere en delito que no fuera de los enunciados en el artículo 1...”.

28. Jakobs, Günther, *op. cit.*, p. 198.

El tipo penal debe interpretarse en el sentido de que ese contacto *ya implique un contenido sexual que ponga de manifiesto la anormalidad social del comportamiento*.²⁹

Con ello se quiere poner de relieve que la regulación puede interpretarse, por un lado, como un delito que reprime al autor por lo que hará en el futuro, lo cual quebrantaría los principios de exteriorización y lesividad, y sólo podría admitirse como un supuesto de Derecho Penal del enemigo³⁰ (que ha sido considerado inconstitucional por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el fallo “Gramajo”);³¹ pero, por otro lado, como un delito que reprime al autor por lo que ya hizo.³² Creemos que esta última interpretación es válida (siempre que se tenga en cuenta la proporcionalidad de las penas, lo cual veremos a continuación), razón por la cual, tratándose la declaración de inconstitucionalidad como la *ultima ratio* del sistema, debe aplicarse la norma en este sentido.

En definitiva, la conducta que se reprime en el tipo penal estudiado es el contacto, es decir, el establecimiento de un trato o relación con otra persona.³³ Este contacto, por el medio utilizado, no es físico.³⁴

29. Esta opción es la que toma el Anteproyecto de Código Penal de la Nación Argentina, que además refiere que: “Si bien no son simpáticas las tipificaciones de actos preparatorios, por ser adelantamientos de punibilidad indeseables en general, que muchas veces pueden comprometer actos inofensivos, en este supuesto este riesgo se evita mediante la exigencia del elemento subjetivo ultraintencional del tipo. El mero hecho de tratar de llegar a un contacto directo con la víctima, está revelando un fuerte indicio de este elemento”, Anteproyecto de Código Penal de la Nación Argentina, *op.cit.*, p. 214.

30. Sobre este punto véase Jakobs, Günther, “Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo” (traducción de Manuel Cancio Meliá), en Jakobs, Günther y Cancio Meliá, Manuel, *Derecho penal del enemigo*, Madrid, Thomson-Civitas, 2003.

31. Fallos CSJN: 329:3680: “Ni nuestra tradición legislativa, que remonta a Tejedor y su clara inspiración en Feuerbach, ni nuestra Constitución, que sólo en su art. 23 tolera en circunstancia excepcional y con las debidas garantías que una persona sea contenida por meras consideraciones de peligrosidad, admiten que en nuestro Derecho Penal se teorice la enemistad al derecho como exclusión de la dignidad de persona...” (del considerando 27 del voto de la mayoría integrada por los jueces Highton de Nolasco, Maqueda, Zaffaroni y Lorenzetti).

32. Sobre la distinción entre normas de anticipación que reprimen por lo que el sujeto hará en el futuro y normas que reprimen por la lesión ya ocurrida, ver Jakobs, Günther, “Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo”, *op. cit.*, pp. 48-49.

33. Según la Real Academia Española, una de las acepciones de “contacto” es: “Relación o trato que se establece entre dos o más personas o entidades”.

34. Esto fue detallado por el senador Sanz en el debate parlamentario del 13 de noviembre de 2013: “Contactar al menor es parte del delito, parte de la conducta típica.

No se establece ninguna limitación respecto de la cantidad, ni la frecuencia de ese contacto, basta con uno solo. Tampoco se exige que se haya extendido determinada cantidad de tiempo, por lo tanto una comunicación breve puede dar lugar a que quede configurada la conducta prevista por la norma. No resulta abarcado por la conducta típica cualquier esfuerzo que realice el sujeto activo para contactar a niños, cuando no se produce la recepción.

Una cuestión que es menester resaltar es que la conducta criminalizada es el contacto por parte del autor con la persona menor de edad, sin importar quién lo haya iniciado. Por lo tanto, el tipo penal comprende tanto la situación en la cual el autor inicia un contacto con una persona menor de edad como el supuesto en que el niño realiza esa primera comunicación con el autor del hecho y este mantiene el contacto.

El tipo penal delimita el medio utilizado para el contacto con el niño. Precisamente, se dispone en la legislación en forma abierta, no taxativa, que el contacto debe ser realizado mediante “comunicaciones electrónicas”, “telecomunicaciones”³⁵ y “cualquier otra tecnología de transmisión de datos”. De modo que el legislador tuvo la intención de tipificar exclusivamente los contactos realizados por las nuevas tecnologías por haber presumido que resultan los medios más efectivos para hacer posible la comisión de los delitos contra la integridad sexual contra los niños. Esto se explica porque el autor se oculta bajo el perfil de un usuario de Internet escondiendo muchas veces sus datos personales para realizar el contacto.

Debe aclararse que, si bien las nuevas tecnologías facilitan la comisión de este tipo de delitos cuando el sujeto activo prefiere actuar en forma anónima y no pertenece al círculo cercano del niño, lamentablemente los delitos contra la integridad sexual cometidos contra los niños son frecuentemente llevados a cabo por las personas más cercanas, incluso dentro del ámbito familiar. En este tipo penal es irrelevante el conocimiento previo o no que el adulto tenga del niño.

Cuando se habla de contactar al menor, considero que deberíamos dejar sentado que esa es la conducta típica y que no solamente se requiere un contacto físico, ya que el contacto puede producirse a través de las herramientas informáticas”.

35. De acuerdo a la Real Academia Española, es un “Sistema de transmisión y recepción a distancia de señales de diversa naturaleza por medios electromagnéticos”.

Al admitir nuevas tecnologías de transmisión de datos, el legislador deja abierto el tipo penal, de manera tal que permite que la legislación no tenga que ser modificada cada vez que se produzca un nuevo avance técnico en los medios de comunicación. Ello no erosiona el principio de legalidad, ya que resulta sumamente descriptiva y clara la referencia a cualquier otra tecnología de transmisión de datos, con lo que el juez podría aplicar la figura a nuevas realidades, de acuerdo con una interpretación literal del texto.³⁶

Se ha sostenido que el contacto con el niño debió haberse iniciado después de la vigencia de la ley de penal;³⁷ de lo contrario, si el contacto con el niño comenzó antes de la incorporación del delito de *grooming* a nuestro Código Penal, resulta de aplicación el principio de irretroactividad de la ley penal. Por nuestra parte, discrepamos con tal tesis. Sí cabe aplicar el principio de irretroactividad penal para el contacto realizado antes de la vigencia de la ley penal; pero si ese contacto persiste, el autor incurre en la figura típica. Desde ya, sólo pueden valorarse para determinar la tipicidad y cuantificar el reproche los contactos establecidos después de la vigencia de la norma penal.

36. En relación con el principio de legalidad, explica Roxin que “el marco es delimitado por el sentido literal posible en el lenguaje corriente del texto de la ley, mientras que el juez efectúa dentro de ese marco la interpretación, considerando el significado literal más próximo, la concepción del legislador histórico y el contexto sistemático-legal, y según el fin de la ley (interpretación teleológica)” (Roxin, Claus, *Derecho Penal. Parte general*, Madrid, Civitas, T. 1, pp. 148-149).

37. “Respecto de la aplicación de la figura de *grooming*, incorporada al Código Penal en su artículo 131 a partir del dictado de la Ley N° 26904 –que entró en vigencia el 19 de diciembre de 2013–, coincidimos con la defensa en cuanto a que importó inobservar el principio de irretroactividad de la ley penal, establecido en el artículo 18 de nuestra Constitución Nacional. En efecto, dicho tipo penal pune a quien ‘por medio de comunicaciones electrónicas, telecomunicaciones o cualquier otra tecnología de transmisión de datos, contactare a una persona menor de edad, con el propósito de cometer cualquier delito contra la integridad sexual de la misma’ y, en autos, ese contacto se inició alrededor del mes de julio de 2013, cuando todavía la Ley N° 26904 no había sido dictada. No modifica ese análisis el hecho de que el último tramo de la conducta se desarrollara en oportunidad en que ya había sido sancionado el delito, dado que siendo una ley penal posterior sólo se habilita su aplicación en caso de ser más benigna que la vigente al tiempo de inicio de la acción, extremo que aquí no ocurre dado que en forma previa a la disposición legal mencionada la conducta no merecía reproche bajo esa figura. Recientemente la CSJN se ha expedido en este sentido –aunque respecto del delito de enriquecimiento ilícito de funcionario público (238, inc. 2 del CP)–...”, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, Sala IV, “R., L. J. s/ procesamiento”, del 26/03/2014.

Sujeto pasivo

La figura exige que el sujeto pasivo sea un niño,³⁸ o sea, una persona menor de 18 años de edad.³⁹ El legislador no ha limitado el alcance a una edad máxima que comprenda a todas las personas menores de edad;⁴⁰ tampoco ha previsto agravantes cuando el contacto se realiza con un niño muy pequeño, como ocurre con otras figuras penales.

De acuerdo con la redacción del tipo penal, se exige que la conducta esté dirigida a un niño, de modo que no se configura la figura cuando el sujeto activo utiliza los medios de transmisión de datos para emitir un mensaje dirigido a un grupo indeterminado de niños.

Tipo subjetivo

Dolo

La figura es exclusivamente dolosa, no se prevé expresamente la posibilidad de que sea cometida mediante la infracción a algún deber de cuidado, de modo que el autor debe tener conocimiento y voluntad de realizar todos los elementos del tipo objetivo antes descripto. En concreto, debe tener el conocimiento y la voluntad de realizar el contacto con una persona menor de edad mediante comunicaciones electrónicas, telecomunicaciones o cualquier otra tecnología de transmisión de datos. La presencia de los elementos cognitivo y volitivo da lugar al dolo directo.

Desde ya, debe evaluarse el error de tipo, por ejemplo cuando el autor desconoce la edad del sujeto pasivo o no sabe que está realizando un contacto con otra persona (si cree que está *jugando* en un simulador virtual).

38. Del mismo modo lo ha considerado la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Sala I, causa N° 27072/2017-1, citada *supra*, voto de la Dra. Marum.

39. Sobre este punto, y respecto de las “habilitaciones legales cruzadas”, entre las normas de protección a la infancia y las normas penales juveniles, ver Beloff, Mary; Freedman, Diego; Kierszenbaum, Mariano y Terragni, Martiniano, “La justicia juvenil y el juicio abreviado”, en Beloff, Mary (dir.), *Nuevos problemas de la justicia juvenil*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2017, en particular el apartado II.2.b.

40. En el Derecho comparado, una de las opciones es relacionar la protección contra el *grooming* con la edad mínima a partir de la cual se le reconoce capacidad para consentir una relación sexual (en España, 16 años).

En relación con la voluntad del autor, se presenta una situación particular porque la comisión de este delito en realidad, de acuerdo a su plan, es meramente un medio para realizar otra conducta (un delito contra la integridad sexual del sujeto pasivo). La conducta criminal del autor no se agota, de acuerdo a su ideación, en la realización del contacto, sino que sólo sería una consecuencia previa y necesaria para un delito contra la integridad sexual posterior. Por ende, lo que realmente quiere el autor del hecho es cometer el delito contra la integridad sexual y, en el *iter criminis*, se incluye la comisión de este otro delito como acto previo y necesario. Esta característica en la voluntad del autor no impide que el dolo pueda ser definido como directo.⁴¹

Cuando se registra que el autor, pese a no estar seguro respecto a la presencia de los elementos del tipo objetivo, asume la decisión de realizar la conducta reprimida, consideramos que podría configurar un supuesto de dolo eventual.⁴² Téngase en cuenta que el tipo penal no utiliza términos como “a sabiendas”, que excluyen el dolo eventual. A la vez, puede darse el supuesto en que el autor sospeche de la minoridad de la víctima y de todas maneras se decida a actuar asumiendo que puede incurrir en la conducta reprimida (téngase en cuenta que si el autor es un desconocido que estableció el vínculo por Internet y si el niño no es muy pequeño, siempre puede quedar cierto margen de duda, a menos que obtenga información fidedigna sobre su fecha de nacimiento). Como ha

41. Explica Stratenwerth que “El dolo directo se extiende entonces a todos los resultados típicos cuya realización aparece a los ojos del autor como *presupuesto o estadio intermedio necesario* para alcanzar la verdadera meta de la acción”, Stratenwerth, Günther, *Derecho penal. Parte General I. El hecho punible* (traducción de Manuel Cancio Meliá y Marcelo A. Sancinetti), Buenos Aires, Ed. Hammurabi, 2016, pp. 190-191. El destacado fue agregado.

42. Señala Stratenwerth que: “La concepción actualmente dominante, denominada ‘teoría de la decisión’ o ‘teoría de la actitud’, permite que baste para el dolo eventual con que el autor se conforme con la posible realización del tipo. Ella parte de que el dolo presupone más que el conocimiento del peligro de la realización del tipo [...]. Sólo cuando él tome en serio aquel peligro, lo tenga en cuenta, tendrá que tomar una resolución acerca de si eso que él quiere alcanzar es valioso a sus ojos, en caso necesario, al precio de realizar el tipo: si, entonces, él actúa, existe allí la decisión contra la norma jurídica de conducta; y esto es completamente independiente de cuán desagradable puede ser para él la consecuencia negativa. En otras palabras, se habla de dolo eventual respecto de todas las circunstancias o de las consecuencias que el autor asume en pos de la verdadera meta de la acción”, Stratenwerth, Günther, *op. cit.*, pp. 195-196.

explicado Roxin, existe una decisión de afectar el bien jurídico.⁴³ De lo contrario, denegar la posibilidad de la aplicación del dolo eventual daría lugar a que el sujeto imputado siempre plantee la falta de conocimiento certero y oportuno sobre la edad de la víctima.

Elemento subjetivo distinto del dolo

La normativa exige la intención del autor de cometer cualquier delito contra la integridad sexual del niño.⁴⁴ De modo que no sólo se debe acreditar el contacto con el niño, sino también esta intención, que deberá surgir del intercambio de información (por ejemplo, la conversación, las fotos, las películas, etc.). Sin lugar a dudas, en los casos concretos este elemento subjetivo distinto del dolo debe ser inferido de las comunicaciones que ha entablado el sujeto activo con el niño.⁴⁵

43. Roxin, Claus, *op. cit.*, p. 425. Agrega el citado autor: “hay que afirmar el dolo eventual cuando el sujeto cuenta seriamente con la posibilidad de la realización del tipo, pero a pesar de ello sigue actuando para alcanzar el fin perseguido, y se resigna así –sea de buena o de mala gana– a la eventual realización de un delito, se conforma con ello” (*op. cit.*, p. 427).

44. “En relación al elemento requerido por la figura penal respecto a que el contacto sea ‘con el propósito de cometer cualquier delito contra la integridad sexual’, puede ser caracterizado, a partir de la dogmática penal, como un elemento subjetivo del tipo distinto del dolo...”, Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Sala I, causa N° 16467-00-CC/16, “R., D. s/art. 131 CP –Grooming–”, del 10/06/2017.

45. La jurisprudencia ha interpretado que es posible deducir la ultra finalidad a partir del contenido de las comunicaciones y de la remisión de fotos obscenas por parte de la persona imputada: “Es real la dificultad probatoria que presenta analizar su faz subjetiva pero la conversación bajo estudio denota la intención de seducir y la voluntad de crear confianza para concretar su propósito; la imagen obscena está íntimamente ligada con ello. En definitiva, insistentemente quiso concertar una reunión con la menor para satisfacer su deseo sexual, que dejó al descubierto al enviar una imagen de sus genitales. Esto último revela el elemento subjetivo que requiere el tipo para su configuración...”, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, Sala VI, “S., A. M. s/procesamiento”, del 06/11/2011. En sentido similar, “no se trata entonces de delitos de sencilla prueba y en la descripción acusatoria no hay mucho más que prometer la comprobación de que, a partir del contenido de los contactos y las características del contexto (que si constituyen elementos objetivos), es posible arribar a la certeza de que existía aquella finalidad, ese deseo de obtener el resultado, más allá, como se dijo, de su efectiva materialización...”, Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Sala I, causa N° 16467-00-CC/16, “R., D. s/art. 131 CP –Grooming–”, rta. 10/06/2017.

Resulta necesario, de acuerdo con la redacción del tipo penal, que se pueda precisar el delito contra la integridad sexual que pretende cometer el autor de la conducta. En consecuencia, debe determinarse si el autor pretendía cometer el delito de abuso sexual o de corrupción de menores, por ejemplo.

Téngase en cuenta que el tipo penal se limita estrictamente a delitos contra la integridad sexual del niño, y queda afuera el supuesto de la comisión del delito de trata con fines de explotación sexual, que está previsto en el acápite de los delitos contra la libertad. Respecto del delito de trata de personas, en cualquier caso, podría interpretarse que el contacto con esa finalidad ya resulta constitutivo de ese delito como un supuesto de captación, en función de que la trata es también un delito de anticipación.⁴⁶

Tentativa

La mayoría de la doctrina coincide en que la figura, dado que criminaliza actos previos y necesarios para la comisión de otros delitos contra la integridad sexual en perjuicio de niños, no admite la tentativa. No obstante, podrían existir supuestos de hecho en los cuales se encuentren acreditados actos que constituyan un principio de ejecución doloso previo a la consumación. Es decir, se puede producir una exteriorización y pueden estar presentes los elementos que configuran el tipo subjetivo⁴⁷ sin que se haya llegado a realizar el contacto con el niño con la intención de cometer un delito contra la integridad sexual, por una causa ajena a la voluntad del autor.

Este criterio ha sido reiterado por el mismo Tribunal en la Causa N° 12322/2015-o, “NN s/inf. art. 131 CP”, rta. 23/11/2017.

46. En este sentido, el *grooming* es una modalidad de captación “blanda” dentro de la trata de personas. Así, “Capta’ quien logra hacerse de la voluntad y predisposición de una persona para luego dar cumplimiento a sus objetivos; quien gana la voluntad de alguien atrayéndolo a su poder de hecho o dominio”, Cámara Federal de Casación Penal, Sala IV, causa N° FBB 5390/2013, rta. el 17/02/2016, entre muchas otras.

47. Detalla Stratenwerth: “El tipo subjetivo de la tentativa no puede ser otro que el del delito consumado. Por ello, integra la decisión de cometer un hecho punible, la totalidad de los requisitos del tipo subjetivo: el dolo dirigido a la realización del tipo objetivo y los componentes subjetivos especiales que exija la ley” (Stratenwerth, Günther, *op. cit.*, p. 334).

Este supuesto podría darse cuando alguno de los padres u otro adulto responsable advierte que el niño está usando un medio de transmisión de datos para entablar una comunicación con una persona adulta, lo suplanta en el uso del dispositivo electrónico y recibe en ese momento un mensaje que evidencia la intención de cometer un delito contra la integridad sexual de la persona menor de edad. También puede darse un supuesto similar cuando el autor se contacta mediante un sistema electrónico de transmisión de datos con un funcionario de una fuerza de seguridad que simula ser un niño a fin de detectar este tipo de delitos. En consecuencia, el control parental preventivo o esta técnica de investigación por parte de las fuerzas de seguridad permiten detectar y castigar el delito de *grooming* aun cuando no se haya producido todavía el contacto con el niño con la intención exigida por la ley penal.

La escala penal aplicable, de acuerdo con la jurisprudencia mayoritaria,⁴⁸ sería de tres meses a dos años y ocho meses, con lo que resultaría en principio procedente la condena condicional y la suspensión del juicio a prueba. Sin embargo, debería explorarse la tensión que esta última alternativa plantea con los compromisos internacionales asumidos por el país, referidos a la necesidad de que exista una respuesta estatal penal en casos que impliquen vulneraciones de derechos fundamentales.⁴⁹

Participación

La modalidad comisiva hace posible que existan partícipes primarios y secundarios en el hecho, de acuerdo a la relevancia del aporte. Un partícipe primario podría facilitar los medios tecnológicos para que el autor realice el contacto con un niño, si tuviera conocimiento de sus planes. Por su parte, un cómplice secundario podría haberse comprometido previamente a eliminar todo rastro de la comunicación

48. Cámara Nacional de Casación Penal, Acuerdo Plenario N° 2, “Villarino, Martín Patricio y otro s/ recurso de casación”, del 21/04/1995.

49. Beloff, Mary y Kierszenbaum, Mariano, “El derecho penal como protector de derechos fundamentales I: formas alternativas al proceso penal y violencia de género”, en *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, año 16, N° 1, Buenos Aires, 2018.

electrónica realizada con el niño. En este caso, la escala penal del delito consumado se ve reducida de tres meses a dos años y ocho meses.

Una cuestión particular que podría presentarse, dada la modalidad de la conducta, es una coautoría sucesiva.⁵⁰ Esto podría acontecer cuando un grupo de personas utiliza sucesivamente una misma identidad a fin de contactar a uno o varios niños con el fin de cometer delitos contra la integridad sexual. El uso de las nuevas tecnologías de la comunicación hace posible esta modalidad, al permitir que distintas personas utilicen un mismo usuario y se vayan turnando en la comunicación con el niño, y en ese caso tienen dominio del hecho todos los autores.

Sanción penal prevista

La figura prevé actualmente una escala penal de seis meses a cuatro años de prisión.⁵¹ Esta escala penal hace factible la condena condicional del autor del delito cuando se le aplique una pena inferior a los tres años de prisión y resulte ser su primera sentencia condenatoria.⁵² Asimismo, de acuerdo a la tesis amplia reconocida por el Máximo Tribunal,⁵³ resulta procedente la concesión de la suspensión del juicio a prueba⁵⁴ si se considera que corresponde una condena condicional.

50. Stratenwerth explica la coautoría sucesiva como el caso en el que “uno de los coautores se incorpora retroactivamente a la empresa, después de la realización parcial del delito ya lograda por otro [...] el que se incorpora responde por aquel ilícito que es cometido recién *después* de su aparición”, en Stratenwerth, Günther, *op. cit.*, pp. 401-402.

51. El Anteproyecto de Código Penal de la Nación Argentina (Comisión para la Reforma del Código Penal de la Nación, Decreto N° 103/2017) establece en su artículo 122 una escala penal de prisión de SEIS (6) meses a CINCO (5) años.

52. Código Penal, art. 26: “En los casos de primera condena a pena de prisión que no exceda de tres años, será facultad de los tribunales disponer en el mismo pronunciamiento que se deje en suspenso el cumplimiento de la pena. Esta decisión deberá ser fundada, bajo sanción de nulidad, en la personalidad moral del condenado, su actitud posterior al delito, los motivos que lo impulsaron a delinquir, la naturaleza del hecho y las demás circunstancias que demuestren la inconveniencia de aplicar efectivamente la privación de libertad. El tribunal requerirá las informaciones pertinentes para formar criterio, pudiendo las partes aportar también la prueba útil a tal efecto...”.

53. Fallos CSJN: 331:858.

54. Código Penal, art. 76 bis: “Si las circunstancias del caso permitieran dejar en suspenso el cumplimiento de la condena aplicable, y hubiese consentimiento del fiscal, el Tribunal podrá suspender la realización del juicio...”.

Esta figura ha de ser analizada desde el punto de vista constitucional con relación al principio de proporcionalidad, en cuanto a que, si constituye una figura de anticipación, no podría prever penas más graves que los propios delitos consumados o tentados.⁵⁵

El delito en cuestión es sancionado con una pena que va de los seis meses a los cuatro años de prisión. La pena aparece como proporcional para la mayoría de los delitos del Título III (en particular, con relación a los delitos de abuso sexual gravemente ultrajante y con acceso carnal, corrupción de menores y producción de pornografía infantil), con excepción del abuso sexual simple, en la medida en que la pena es igual para el delito consumado y sería más grave con la de la tentativa. Una observación similar cabe realizar con relación al delito de rapto, que tiene un máximo de la escala penal de cuatro años de prisión, pero que implica ya una privación de la libertad de la víctima. Por último, la tenencia de pornografía infantil posee una escala penal inferior (de cuatro meses a un año por la mera tenencia y de seis meses a dos años cuando tiene el autor tiene la finalidad de distribución o comercialización).

Para salvar estos problemas de proporcionalidad podrían transitarse dos caminos: por un lado, considerar que el legislador ha decidido dejar por fuera estos supuestos y entender que el *grooming* se refiere sólo a los supuestos más graves. Sin embargo, la referencia del tipo penal al “propósito de cometer cualquier delito contra la integridad sexual” parece desechar esta interpretación. Por otro lado, puede considerarse que dentro de la escala de seis meses a cuatro años, debería interpretarse que si lo que se quería realizar era un abuso sexual simple, lograr la tenencia de pornografía infantil, o un rapto, la escala penal aplicable debería construirse de manera proporcional por vía jurisprudencial, de modo tal que nunca pueda superar la escala correspondiente a la de la tentativa del delito-fin.

Concursos

Si bien la figura no prevé expresamente que no será aplicable cuando el autor haya incurrido en un delito más severamente pena-

55. Tazza, Alejandro, “El delito de *grooming*”, en *Revista Jurídica La Ley*, Buenos Aires, La Ley, 07/03/2014.

do, creemos que se da un supuesto de concurso aparente o impropio cuando el delito contra la integridad sexual que motivó el contacto se realiza.⁵⁶ Por ejemplo, si ya se ha producido un contacto frecuente con intercambio de mensajes y videos pornográficos que han consumado la figura de promoción de corrupción de menores (art. 125 del Código Penal). Esta modalidad de concurso es denominada consunción, ya que se supone que el reproche por la realización del delito comprende a la conducta previa desplegada de contacto con el niño.

Otro problema se presenta cuando se consuma la figura de *grooming* y también el delito que tiene en miras el autor, pero este último tiene una escala penal igual (abuso sexual simple) o inferior (por ejemplo, la tenencia de pornografía infantil con fines de comercialización, cuya escala penal es de seis meses a dos años). En ese caso, la realización del delito penal que motivó el contacto no perjudica o hasta beneficia al autor, al implicar la aplicación de la misma escala penal o una más reducida.

Creemos que, en aras de resguardar el principio de proporcionalidad penal,⁵⁷ la solución en este tipo de casos, más allá de una reforma legal, es aplicar una escala penal reducida cuando el autor realizó el contacto con el niño con la finalidad de realizar un delito cuya escala penal es menor o igual que a la escala de la figura de *grooming*. A fin de acotar la discrecionalidad judicial, un criterio que puede adoptarse en

56. En sentido contrario, la jurisprudencia ha interpretado la posibilidad de que se presente un concurso real entre el *grooming* y el abuso sexual: "Atento a las conductas desplegadas por el acusado, la subsunción de los tipos penales de 'grooming' y abuso simple concursan de manera real, en tanto el primero de los delitos mencionados no precisa que se lleva a cabo el segundo, sino que sólo basta que exista la intención de cometer un acto que atente contra la integridad sexual de una persona menor de edad, lo que demuestra la independencia entre sí de los hechos delictivos previstos por el ordenamiento jurídico...", Tribunal de Impugnación de Salta, Sala IV, Expte. N° JUI 125162/16, del 15/08/2017.

57. "El hecho de que entre pena y delito no exista ninguna relación natural no excluye que la primera deba ser adecuada al segundo en alguna medida. Al contrario, precisamente el carácter convencional y legal del nexo retributivo que liga la sanción al ilícito penal exige que la elección de la calidad y de la cantidad de una se realice por el legislador y por el juez en relación con la naturaleza y la gravedad del otro. El principio de proporcionalidad expresado en la antigua máxima *poena debet commensurari delicto* es en suma un corolario de los principios de legalidad y de retributividad, que tiene en estos su fundamento lógico y axiológico", Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal* (traducción de Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco y Rocío Cantarero Bandrés), Valladolid, Ed. Trotta, 1995, p. 397.

estos casos es tomar la escala penal del delito que motivó el contacto y reducir de la misma forma que la tentativa (la mitad del mínimo y un tercio del máximo) cuando sólo se consuma la figura de *grooming*. Por ejemplo, con la intención de cometer un abuso sexual simple, tendría una escala penal de tres meses a dos años y ocho meses (si hubiera tentativa de *grooming*, sufriría otra reducción); en el caso –*grooming* con la intención de tenencia de pornografía infantil con fines de comercialización–, la escala penal sería de tres meses a un año y cuatro meses.

Esta interpretación, que concilia la escala penal con el principio de proporcionalidad, también permite superar el inconveniente que se presenta cuando la figura del *grooming* determina la aplicación de una escala penal mayor que la tentativa del delito contra la integridad sexual que motivó el contacto con el niño. Por ejemplo, la tentativa de abuso sexual simple tiene una escala penal de tres meses a dos años y ocho meses, inferior a la pena de *grooming*. Ahora bien, si atenúa la pena para el delito de *grooming* de la misma forma que para la tentativa de producción de pornografía infantil, desaparece la tensión con el principio de proporcionalidad penal.

Regulación de la acción penal

No se estableció en el Código Penal que se trate de un supuesto de acción pública dependiente de instancia privada, como ocurre con los otros delitos contra la integridad sexual. Por lo tanto la acción penal del *grooming* es siempre pública, y no depende de la instancia privada por parte de los representantes legales del niño. Esta posición respecto de la acción penal en los delitos que tuvieron a niños como víctimas fue recogida con la sanción de la Ley N° 27455⁵⁸ que modificó el régimen de ejercicio de las acciones en el Código Penal.⁵⁹ La nueva regulación va en línea con las exigencias del derecho internacional de los derechos

58. Sancionada el 10/10/2018 y publicada en el BO N° 33982 del 25/10/2018.

59. “Artículo 72: Son acciones dependientes de instancia privada las que nacen de los siguientes delitos:

1. Los previstos en los artículos 119, 120 y 130 del Código Penal cuando no resultare la muerte de la persona ofendida o lesiones de las mencionadas en el artículo 91.
2. Lesiones leves, sean dolosas o culposas.
3. Impedimento de contacto de los hijos menores con sus padres no convivientes.

del niño en cuanto a la criminalización de estos comportamientos, de manera que no puedan quedar impunes por falta de impulso de los adultos responsables.⁶⁰

Competencia

Se ha discutido si la competencia para la investigación y el juzgamiento de este delito corresponde a la justicia nacional o local de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Previo a la ratificación por parte de la Legislatura de la Ciudad de Buenos Aires de la Ley N° 5935,⁶¹ la Corte Suprema de Justicia de la Nación entendió, al hacer aplicación del criterio fijado en la causa “Zanni”,⁶² que resultaba competente la Justicia Nacional de la Capital Federal, pese a ser un delito ordinario creado con posterioridad a la autonomía de la Ciudad de Buenos Aires, establecida por el artículo 129 de la Constitución Nacional.⁶³ De modo que interpretó que los nuevos

En los casos de este artículo, no se procederá a formar causa sino por acusación o denuncia del agraviado, de su tutor, guardador o representantes legales. Sin embargo, se procederá de oficio:

- a) En los casos del inciso 1, cuando la víctima fuere menor de 18 años de edad o haya sido declarada incapaz;
- b) En los casos del inciso 2, cuando mediaren razones de seguridad o interés público;
- c) En los casos de los incisos 2 y 3, cuando el delito fuere cometido contra un menor que no tenga padres, tutor ni guardador, o que lo fuere por uno de sus ascendientes, tutor o guardador, o cuando existieren intereses gravemente contrapuestos entre estos y el menor, siempre que resultare más conveniente para el interés superior de aquel”.

60. Reconociendo así una tendencia jurisprudencial que legitimaba la persecución penal pública, con prescindencia de la opinión de los adultos responsables: “Estima el tribunal que en el concreto caso sometido a estudio se hallaba habilitado el fiscal a actuar de oficio –tal como lo hizo– en protección de los intereses superiores de la menor abusada consagrados en el artículo 19.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño a la que el artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional otorgó jerarquía constitucional”, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, Sala IV, causa N° 1018/11, “Incidente de excepción de falta de acción de H. R. B.”, del 08/08/2011, entre los primeros de esa instancia.

61. Sancionada el 07/12/2017, publicada en el BO del 03/01/2018.

62. Fallos CSJN: 333:589.

63. Corte Suprema de Justicia de la Nación, CSJ 32/2016/CS1, “C., E. s/acoso sexual a menores por comunicaciones electrónicas - art. 131 del C.P.”, rta. 23/08/2016.

delitos ordinarios son de competencia de la justicia penal, contravenacional y de faltas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires sólo si están incluidos en un convenio ratificado legislativamente.

En cambio, la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravenacional y de Faltas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires resolvió que la competencia debía corresponder al fuero local por ser un delito ordinario creado con posterioridad a la autonomía porteña. Para así decidir sostuvo que

De conformidad con el criterio del Tribunal Superior de Justicia de esta ciudad, la competencia para investigar y juzgar los nuevos delitos de competencia penal ordinaria aplicables en su ámbito territorial pertenece a esta ciudad, este conjunto de figuras incluye a las creadas con posterioridad a la ley 24.588 –BO 30/11/1995–. En esta última especie se inserta el delito previsto en el art. 131 CP(BO 11/12/2013), bajo pretexto del cual se pretende renunciar a las facultades jurisdiccionales de esta ciudad. Acerca de esta cuestión se ha señalado que el marco dentro cual debe analizarse la cuestión está dado por el art. 129 CN. Dicha norma es clara en el punto de asignar sin cortapisas tanto facultades jurisdiccionales cuanto legislativas, independientemente del carácter que pretenda reconocérsele al nuevo Estado Autónomo. En este punto, no puede existir discusión sobre su asimilación al resto de la Provincias: toda cuestión local pertenece a la esfera propia del nuevo Estado. El 27/8/2009 el Tribunal Superior de Justicia de esta Ciudad se expidió en el precedente ‘Ministerio Público –Fiscalía ante la Cámara con competencia en lo Penal, Contravenacional y de Faltas N° 1– s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: Incidente de incompetencia en autos “NN s/inf. art. 00 –presunta comisión de un delito–” (Expte. N° 6397/09), acerca de la cuestión que aquí nos convoca. En dicho precedente, la mayoría del TSJBA se expidió en favor de la competencia de la Justicia de esta Ciudad para la investigación y juzgamiento de los delitos establecidos con posterioridad a la Ley N° 24588. Para fundamentar dicha decisión la opinión mayoritaria del TSJBA sostuvo que más allá de los esfuerzos que se han realizado para avanzar en el ordenado traspaso de las competencias jurisdiccionales que, constitucionalmente, deben estar a cargo de las autoridades locales, no se precisa acuerdo o autorización para asumir o tomar lo que a esta Ciudad le corresponde por imperio del art. 129 de la CN.⁶⁴

64. Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravenacional y de Faltas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Sala 1, causa N° 10145-00-CC/15 “P., F. s/art. 128 CP”, rta. 21/09/2015, entre otras.

Más recientemente, se ratificó este criterio jurisprudencial en el marco de la justicia local al sostener que

No obstante, este asunto ya ha sido objeto de estudio por el Máximo Tribunal local. En efecto, en el fallo “Neves Cánepa”, de fecha 21/12/10, el voto de la mayoría de sus integrantes dejó sentado su criterio y sostuvieron que la competencia para investigar y juzgar los delitos de competencia penal ordinaria creados con posterioridad a la Ley N° 24588, pertenece a esta Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Esta decisión fue dictada con posterioridad a lo decidido por la CSJN en “Zanni, Santiago y Kloer, Claudio s/infracción art. 13, Ley N° 25761”, rta. el 04/05/10. Así y tal como se desprende del mencionado fallo, la llamada “Ley Cafiero” garantizó que se conservarían las competencias que se tenían en aquel momento y que paulatinamente podían celebrarse convenios para transferirlas, pero esa disposición no abarca aquellas otras que nunca tuvo y que ni siquiera pudo prever que iba a tener. En esta línea de pensamiento se sostuvo que: “... Resulta forzado interpretar que los delitos creados con posterioridad a la ‘ley de garantías’ son ajenos al ámbito de juzgamiento local por el solo hecho de reputarlos alcanzados por el status quo que preserva el art. 8 de la Ley N° 24588, en resguardo del interés invocado por el legislador nacional. Ello así, porque sería suponer que ese legislador pudo anticipar el interés federal de delitos que no tenía previsto establecer al momento del dictado de esta ley o que pudo dejar abierto indefinidamente el ámbito que buscó preservar –es decir, el ‘nacional’– para abarcar cuanto delito se estimara adecuado crear”. Y que “No existe en la actualidad obstáculo alguno para que los magistrados de nuestra Ciudad juzguen todas las conductas ilícitas previstas por el Legislador nacional con posterioridad a la sanción de la ley garante de los intereses del Estado nacional, mientras la Ciudad sea la sede de las autoridades nacionales, pues ha sido este mismo Legislador nacional quien ha ampliado, voluntariamente, aunque de manera parcial y tácita, las competencias o materias cuyo juzgamiento le permitía, o, mejor dicho, ha suprimido una de las restricciones que antes le imponía por medio de aquella norma” (Expte. N° 7312/10 “Ministerio Público –Defensoría General de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires– s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en “Neves Cánepa, Alvaro Gustavo y Orono, Franco Ariel s/infr. art. (s) 193 bis CP”, del 21/12/2010) [...]. En resumen, por imperio de la regla general según la cual asisten a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, como propias, todas las facultades no delegadas a la Nación en el texto de la CN, ni retenidas o conservadas por el gobierno federal por las excepcionales razones previstas en el art. 129 de

la CN, la investigación y juzgamiento de los delitos creados por el Congreso de la Nación con posterioridad a la sanción de la “ley de garantías” incumbe al Poder Judicial de esta Ciudad. Siendo así y toda vez que el delito en cuestión incorporado por Ley 26.904 ha sido sancionado el 13/11/2013 y promulgado el 04/12/2013, es decir, ha sido creado con posterioridad a la ley 24.588 –BO 30/11/1995–, corresponde que sea esta Justicia local la que continúe interviniendo en la presente causa...⁶⁵

También en ese precedente se sostuvo que

Acerca de esta cuestión se ha señalado que el marco dentro cual debe analizarse la cuestión está dado por el artículo 129 CN. Dicha norma es clara en el punto de asignar sin cortapisas tanto facultades jurisdiccionales cuanto legislativas, independientemente del carácter que pretenda reconocérsele al nuevo Estado Autónomo. En este punto, no puede existir discusión sobre su asimilación al resto de la Provincias: toda cuestión local pertenece a la esfera propia del nuevo Estado. El 27/8/2009 el Tribunal Superior de Justicia de esta Ciudad se expidió en el precedente “Ministerio Público –Fiscalía ante la Cámara con competencia en lo Penal, Contravencional y de Faltas N° 1– s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: Incidente de incompetencia en autos ‘NN s/ inf. art. 00 –presunta comisión de un delito–’” (Expte. N° 6397/09), acerca de la cuestión que aquí nos convoca. En dicho precedente, la mayoría del TSJBA se expidió en favor de la competencia de la Justicia de esta Ciudad para la investigación y juzgamiento de los delitos establecidos con posterioridad a la ley 24.588. Para fundamentar dicha decisión la opinión mayoritaria del TSJBA sostuvo que más allá de los esfuerzos que se han realizado para avanzar en el ordenado traspaso de las competencias jurisdiccionales que constitucionalmente, deben estar a cargo de las autoridades locales, no se precisa acuerdo o autorización para asumir o tomar lo que a esta Ciudad le corresponde por imperio del art. 129 de la CN. Luego, la mayoría añadió que conductas como la que se pretende investigar en esta causa no eran pasibles de reproche penal con anterioridad a la sanción de la ley 24.588. El art. 8 de aquella ley (que establece que “La justicia nacional ordinaria de la Ciudad de Buenos Aires mantendrá su actual jurisdicción y competencia continuando a cargo del Poder Judicial de la Nación”) sólo garantizó que se “manten[dría]” un estado actual de cosas, que se “conservar[ían]” las competencias que

65. Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Sala I, causa N° 27072/2017-1, citada *supra*, voto de la Dra. Marum.

se tenía en aquel momento y que paulatinamente podían celebrarse convenios para “transfer[ir]” esas competencias, pero no aquellas otras que nunca tuvo –o que ni siquiera pensaba tener–. La afirmación del TSJ en cuanto a que el Estado Federal, por la ley de garantías, “no puedo conservar más que aquello que ya poseía” traduce una verdad que se apoya no solo en el sentido común sino en una interpretación literal y sistemática que sucesivamente ha impulsado el proceso de autonomía iniciado en 1994. En conclusión, coincido en que no puede presumirse un interés federal ilimitado en relación con el ámbito regulado por el art. 8 de la Ley N° 24588. Para que dicho precepto legal opere como un límite a la autonomía jurisdiccional de la Ciudad deberían estar en juego delitos que comprometan, de acuerdo a una decisión expresa del legislador, algún interés federal o aquellos otros delitos cuyo juzgamiento se reservó mediante esa norma, tal y como opera respecto del resto de las provincias [...]. En esta tesitura, me permito destacar que la competencia material de la Ciudad de Buenos Aires para juzgar delitos, es propia por mandato constitucional (arts. 129 de la CN y 6 de la CCABA), por lo que no luce acertado renunciarla automáticamente en favor de una justicia que irrevocablemente está destinada a desaparecer. Asimismo, en pos de una mejor y eficiente administración de la justicia local, acentúo la importancia de evitar futuras contiendas negativas de competencia –hipótesis que podría suscitarse en el caso de autos–, siempre y cuando el trámite de la investigación pueda continuar en el fuero local sin atentar contra las garantías constitucionales del justiciable...⁶⁶

Coincidentemente, se expuso en este fallo que

En el precedente “Zanni y Kloher” (Fallos: 333:589), en remisión al dictamen del Procurador Fiscal, la Corte había dicho que “los nuevos tipos penales que, eventualmente, se sancionen en el futuro, a menos que contengan disposiciones expresas, deben ser sometidos a un nuevo convenio de partes y posterior ratificación legislativa, para integrar la jurisdicción local”. A ello este tribunal había agregado que la cláusula del primer convenio referida a otros traspasos que pudieran surgir en el futuro “no significa asignar, per se, a cada nueva figura delictiva la jurisdicción local toda vez que la clara imprecisión acerca de las materias que, en su caso, integrarían su objeto, podría traer aparejada una continua alteración de las leyes dictadas por el Congreso en torno a la compe-

66. Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Sala I, causa N° 27072/2017-1, citada *supra*, voto del Dr. Vázquez.

tencia de los tribunales nacionales que, en principio, quedarían privados de sus atribuciones constitucionales”. Sin embargo, en contra de la regla allí establecida por la Corte al interpretar esas leyes, según la cual los nuevos tipos penales que se sancionaran en el futuro debían ser sometidos a un nuevo convenio de partes a menos que contuvieran disposiciones expresas, el legislador nacional estableció posteriormente, a través de la Ley 26702, art. 2, una pauta opuesta. Mediante el tercer convenio se determinó, contrariamente a lo estipulado por la Corte, la regla general de que todo nuevo delito de competencia penal ordinaria, aplicable en su ámbito territorial, se asigna al poder judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Es decir, que cada delito futuro no necesita ser sometido a un nuevo convenio de partes. Con todo, dado que el propio acuerdo preveía en su art. 8 que la “transferencia y asignación de competencias dispuesta por los artículos 1 y 2 de la presente ley se perfeccionarán con la entrada en vigencia de la ley de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires que acepte, sin limitaciones ni reservas, las disposiciones de la presente ley”, consideramos –con mis colegas de Sala II– en causas similares a la presente que “tal convenio no se encuentra vigente hasta tanto se apruebe mediante una norma de la legislatura local”. Por lo tanto, entendimos que era competente el fuero ordinario del poder judicial de la Nación (‘Gago’, c. 17338-02/13, rta. el 7/5/15). No obstante, posteriormente la Corte Suprema ha emitido un fallo en el que, sin abandonar por completo la jurisprudencia aquí reseñada, le imprime un nuevo rumbo que resulta decisivo en este asunto. Así, en el fallo “Corrales” (CCC 007614/2015/CS001, rto. el 09/12/15) la Corte expuso que: “si bien el carácter nacional de los tribunales de la Capital Federal pudo tener sustento en el particular status que esta tenía con anterioridad a la reforma constitucional de 1994, lo cierto es que, producida esta modificación fundamental, las competencias que actualmente ejerce la justicia nacional ordinaria, que vale reiterar, no son federales, deben ser transferidas a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. De esta forma, al igual que lo que ocurre en las jurisdicciones provinciales, estos asuntos deben ser resueltos por la justicia local”. A lo que se suma que “la Constitución federal le reconoce a la Ciudad de Buenos Aires su autonomía” (consid. 8). Ello implica un profundo cambio en cuanto al postergado reconocimiento por parte de la CSJN de la letra de la Constitución Nacional sobre el carácter autónomo de esta ciudad, pero lo que resulta decisivo para el caso que nos ocupa se halla en el consid. 9 del fallo: “Que transcurridos ya más de veinte años de la reforma constitucional de 1994, resulta imperioso exhortar a las autoridades competentes para que adopten las medidas necesarias a los

efectos de garantizarle a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires el pleno ejercicio de las competencias ordinarias en materia jurisdiccional”. Ante el mandato del máximo tribunal, y en atención a los argumentos expuestos cabe concluir que corresponde al fuero de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires continuar con el trámite de la presente causa...⁶⁷

Por su parte, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional consideró que recién resulta competente la justicia local de la Ciudad de Buenos Aires para los delitos de *grooming* acontecidos después de la operatividad de la Ley N° 5935,⁶⁸ o sea, cometidos desde el 3 de febrero de 2018.⁶⁹

67. Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Sala I, causa N° 27072/2017-1, citada *supra*, voto del juez Bacigalupo.

68. La Ley N° 5935 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (publicada en el BO N° 5286 el 03/01/2018) acepta la transferencia de la competencia establecida por la Ley Nacional N° 26702. Establece: “Artículo 1: Acéptase la transferencia de la competencia para entender en los delitos previstos en los artículos 1 y 2 de la Ley N° 26702 a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Artículo 2: La presente Ley entrará en vigencia respecto de los delitos tipificados en el Código Penal y en leyes especiales, que no correspondan a la competencia federal, creados con posterioridad a la Ley N° 26702, conforme lo establecido en su artículo 2, a los treinta (30) días de su publicación en el Boletín Oficial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires”.

69. “El representante del Ministerio Público Fiscal apeló la decisión obrante a fs. [...], por la que se declinó competencia en favor de la justicia en lo Penal, Contravencional y de Faltas de la Ciudad de Buenos Aires. En el marco de la audiencia celebrada, el doctor Marcos de Tomasso mantuvo el recurso, en el que se sostuvo que como el episodio, encuadrado –bajo concurso ideal– en los artículos 128 y 131 del Código Penal, se habría perpetrado entre los días 06 y 22 de marzo de 2017, su conocimiento debe quedar radicado en esta jurisdicción, pues la transferencia del último de los tipos penales a la justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires recién fue aceptada con la sanción –el 07 de diciembre de 2017– de la Ley N° 5935 y se tornó operativa el 03 de febrero último. Tras relevar las actuaciones, comparto la tesis de la fiscalía en la medida en que se ajusta al criterio establecido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en ‘Zanni, Santiago y otros/inf. Art. 13 de la Ley N° 25761’ [...]. De adverso, el más Alto Tribunal entendió que los ‘nuevos tipos penales que, eventualmente, se sancionen en el futuro [con posterioridad a la sanción de la Ley N° 24588], a menos que contengan disposiciones expresas, deben ser sometidos a un nuevo convenio de partes y posterior ratificación legislativa, para integrar la jurisdicción local’, extremo que se constata en sucesivos convenios de transferencia progresiva de competencia que suscribieron la Nación y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires [...]. Por lo demás, con la Ley N° 5935, –sancionada el 07 de diciembre de 2017– la Ciudad Autónoma de Buenos Aires aceptó la transferencia de los delitos enunciados en los artículos 1 y 2 de la Ley N° 26702 (art. 1) y estableció que ‘la presente ley entrará en vigencia respecto de los delitos tipificados en el Código Penal y en leyes especiales, que no correspondan a la competencia federal, creados con posterioridad a la Ley N° 26702’

A modo de conclusión

El tipo penal de captación sexual infantil por medios electrónicos (*grooming*) puede ser analizado desde diferentes perspectivas.

Tiene una naturaleza anticipatoria, que complejiza el análisis dogmático y requiere de una interpretación cuidadosa por parte de los operadores judiciales, a fin de resguardar el principio de lesividad.

Por otro lado la comisión, mediante nuevas tecnologías informáticas, hace necesario el uso de las modernas técnicas de detección y de investigación, lo cual muchas veces requiere el desarrollo de herramientas tecnológicas y jurídicas, junto con una interpretación dinámica de las normas procesales. Esta tarea debe ser emprendida tanto por los funcionarios competentes de los Poderes Ejecutivos, como por los integrantes de los Ministerios Públicos Fiscales de las diversas jurisdicciones del país.⁷⁰

Asimismo, debe destacarse que la Argentina ha cumplido con sus compromisos internacionales en materia de derechos humanos de la infancia en el ámbito de las tecnologías de la información y la comunicación (TIC's) al tipificar este delito, incluso ya ha ratificado el Convenio de Budapest. Sin embargo, habrá que esperar a que la jurisprudencia avance en la aplicación e interpretación de esta norma para pronunciarse sobre su eventual eficacia político-criminal.

Finalmente, cabe considerar que cuando se analiza la relación entre los niños y la justicia penal, a pesar de la forma en la que se presenta la información a la opinión pública, son exponencialmente más los casos en los que ellos son víctimas que los casos en que son victi-

(art. 2) y que dicha operatividad será progresiva, durante el año que transcurra desde su publicación en el Boletín Oficial local (art. 3). De tal suerte, al estimarse que el delito previsto por el artículo 131 de la ley sustantiva (*grooming*) no integraba los convenios de transferencia de competencias penales suscriptos con antelación a la presunta comisión del hecho investigado (Leyes N° 25752 y 26357), ya que como se indicara, se lo contempló con la sanción de una norma posterior (número 26702), corresponde revocar la decisión recurrida...”, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, Sala VII, “R., F.”. rta. el 29/08/2018.

70. Sumado a ello, una especial capacitación en materia de violencia contra las niñas, que regula la Ley N° 27499 “Micaela” de Capacitación Obligatoria en Género para todas las personas que integran los tres poderes del Estado (sancionada el 19/12/2018 y publicada en el BO N° 34031 del 10/01/2019).

marios.⁷¹ Este tipo penal parte de esa circunstancia y supone el reconocimiento de un alto índice de vulnerabilidad de los niños frente a la criminalidad cometida mediante el uso de nuevas tecnologías, el cual exige de todos los agentes estatales la máxima diligencia y compromiso real para asegurarles el derecho a la protección especial.⁷²

Jurisprudencia

Fuero: Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas, Sala I, CABA.

Autos: “NN s/ infracción del art. 131 CP”

Expte.: N° 12322/2015-O

Fecha: 23-11-2017

Ciudad Autónoma de Buenos Aires, a los 23 días del mes de noviembre de 2017, se reúnen los integrantes de la Sala I de la Cámara Penal, Contravencional y de Faltas, Elizabeth A. Marum, José Sáez Capel y Marcelo Pablo Vázquez, a efectos de resolver el recurso de apelación interpuesto por la Defensoría obrante a fs. 31/36, de la que

RESULTA:

I. Que a fs. 7/11 obra el requerimiento de elevación a juicio elaborado por el Fiscal interinamente a cargo de la Fiscalía en lo Penal, Contravencional y de Faltas nro. 7, en el que le imputó a R., C. que entre el día 17 de mayo de 2014, a las 19.49:01, y el 18 de mayo de 2014, a las 01:34:53, utilizando el nombre “NN” en la red social S., vinculado al correo electrónico ..., con nro. de abonado ..., contactó a L., M., DNI: ..., de ... años de edad, quien utilizaba el usuario de la misma red social, con correo asociado ..., con el propósito de cometer un delito contra su integridad sexual, al referirle expresiones tales como “Tienes un cuerpo perfecto sabés”, “Ya sabe cuándo necesite un médico puede contar conmigo, je”, “Tiene un cuerpo muy lindo”, “Deje verla”, “Q me deje verla acostadita”, “Y como es su ropa interior”, “Que ganas de verla”, “Y su ropa interior es chiquita

71. Beloff, Mary, *¿Qué hacer con la justicia juvenil?*, Buenos Aires, Ad Hoc, 2016, p. 20, cit. 11.

72. Beloff, Mary, *Derechos de los niños. Su protección especial en el sistema interamericano*, Buenos Aires, Hammurabi, 2018.

o grande”, “Pone en compartir foto y se toma una y me la envía”, “Me quedé con ganas de verla así acostadita en ropa interior”, “No quisiera un poco de compañía”, “Tienes un cuerpazo”.

Ello así, la conducta fue calificada como constitutiva del delito previsto en el art. 131 CP.

II. Que a fs. 14/18, la Defensora Oficial, Andrea Demarco, plantea la nulidad de la “*notitia criminis*”. Sostiene que el informe remitido por “*National Center for Missing and Exploited Children*” (NCMEC) en el marco del acuerdo para el Acceso Remoto a CiberTipline celebrado entre la organización de mención y el Ministerio Público Fiscal de CABA (Resolución FG N°. 435/2013), fue obtenido en una clara violación de los derechos constitucionales (art. 18 y 19 CN), observándose una interceptación de datos privados sin la debida autorización judicial. Expresa que el reporte nro. 2488175 emanado por la organización mencionada, importa la apertura de correspondencia protegida en los términos de la Constitución Nacional, encontrándose alcanzado por la regla que ampara la privacidad, debiéndose proceder a la interceptación de los datos y contenido del mismo bajo orden de un juez competente mediante auto fundado. Por lo que entiende que cabe declarar la nulidad del mencionado informe como así también todo lo obrado en consecuencia (entre ellos las audiencias de intimación del hecho y el requerimiento de juicio interpuesto por el Ministerio Público Fiscal).

III. Que a fs. 25/29 vta. obra el acta de audiencia en la que se debatió la nulidad antes planteada. Al momento de resolver, el Sr. Magistrado, Dr. Jorge C. Casas, no hizo lugar a la nulidad del informe NCMEC, introducido por la Defensora Oficial, refiere que no encuentra afectación alguna a la intimidad de las personas, en tanto en primer lugar hay una voluntariedad manifiesta de aceptación en los términos de usos de esa red. Entiende que no estamos frente a un caso en que se reveló información privada que no tiene relevancia jurídica para nadie, sino ante un caso en que la información que se detectó tenía que ver con la posibilidad de una niña víctima, y por lo tanto ese interés superior del niño que estamos llamados a proteger, hace que ni siquiera debamos analizar la situación de si la aceptación del contrato de adhesión fue en una situación de mayor exposición frente a una empresa con mayor poder en los términos civiles.

Que se remite a las políticas de seguridad y términos y usos de la red social S., donde queda aclarado incluso la protección de víctimas de abuso. Por último, refiere que no encuentra forma en que un usuario de la red social, al aceptar estos términos y luego elegir llevar a cabo ciertas conductas que lo colocan en una situación de ser investigado por una posible afectación a los derechos de un niño, pueda entender que hay afectación a garantía alguna.

IV. Que a fs. 31/36, la Defensora Andrea Demarco, apela la mencionada decisión y reitera los argumentos esgrimidos al momento de plantear la nulidad. Agrega que esa defensa no desconoce el compromiso asumido por el Estado Argentino para prevenir y sancionar conductas ilícitas en protección de la integridad sexual de los niños, consagrada por la Convención de los Derechos del Niño, pero que dicho instrumento no puede ir en desmedro de derechos consagrados. Expresa que si bien su asistido debió aceptar los términos y condiciones para utilizar la red social S. señala que se trata de un contrato de adhesión. Que las partes no negocian sus cláusulas ya que una de ellas, fundada en su mayor poder de negociación predispone el contenido y la otra adhiere.

V. Que a fs. 42/44 contesta vista el Sr. Fiscal de Cámara, Dr. Eduardo Javier Riggi. Sostiene que el recurso es inadmisibles pues la apelante no logró demostrar el gravamen irreparable que haga viable el recurso intentado. Refiere que el reporte que dio origen a las actuaciones no vulnera norma constitucional alguna en tanto la interceptación de ciertos datos de interés no sólo se encuentra prevista en las políticas de privacidad de la entidad donde se abrió la cuenta, sino que se efectuó en cumplimiento del acuerdo suscripto entre el Ministerio Público Fiscal y el “NCMEC”, a los efectos de cumplir con las obligaciones internacionales asumidas.

VI. Que a fs. 46/48 vta. contesta la vista el Sr. Defensor ante la Cámara, Dr. Emilio Antonio Cappuccio y expresa que comparte la expresión de agravios y los fundamentos desarrollados por su colega de grado. Refiere que la “*notitia criminis*” debe ser el puntapié para indagar y averiguar lo sucedido, y no –como sucede en autos– la causa suficiente para someter a alguien a la “pena de banquillo”. Lo contrario tornaría inoperante el principio de presunción de inocencia, la garantía de defensa en juicio y el principio *onus probando*, que pone la carga de la prueba en manos de la acusación. Asimismo plantea la

nulidad del requerimiento de juicio, sostiene que la fiscal de grado se ha limitado a transcribir la fórmula legal escogida, sin detallar ni mencionar, concretamente, cuál sería el “delito contra la integridad sexual” que habría tenido en miras su asistido a partir de las conversaciones mantenidas con la presunta víctima.

VII. Que a fs. 50 pasan los autos a resolver.

PRIMERA CUESTIÓN:

El remedio procesal fue interpuesto en tiempo y forma, por quien se encuentra legitimado a tal fin.

Asimismo, dicha pieza procesal cuestiona la decisión del juez que no hace lugar al planteo de nulidad del informe NCMEC. Al respecto, cabe expresar que las decisiones que admiten o rechazan planteos de nulidad ocasionan un gravamen de insusceptible reparación ulterior, en los términos del art. 279 CPP CABA (Causas N° 17841-00-CC/2011 “Cottone, Andrea Natalia Esther s/infracción art. 149 bis CP”, rta. el 22/3/2012, N° 1272-02-CC/2012 “Incidente de Apelación en autos “Moreno, Carlos Alberto s/infracción. art. 183 y 150 (p/ L2303) CP”, rta. el 30/7/2012; N° 44417 -00-00/2010 “Otero Cristian Pablo s/infracción. art. 149 bis CP” Apelación, rta. el 5/9/2012; entre otras).

Por lo expuesto el recurso de apelación debe ser declarado admisible.

SEGUNDA CUESTIÓN:

En primer lugar, cabe recordar la postura que ha venido sosteniendo esta Sala en numerosos precedentes en materia de nulidades, al considerar que la declaración de invalidez posee carácter excepcional, y que priman los principios de conservación y trascendencia de los actos procesales. En consecuencia, es dable afirmar que la nulidad sólo resultaría procedente de advertirse algún vicio sustancial o la afectación de garantías constitucionales.

En este sentido, este Tribunal ha expresado en diversas oportunidades que para declarar la nulidad de un acto procesal es necesario cumplir con ciertos requisitos, entre ellos, la demostración (carga específica) por parte de quien la alega, del perjuicio concreto e irreparable que le ocasiona el acto, a su entender viciado y que no puede subsanarse sino con el acogimiento de la sanción y, por otro, del interés o provecho que le ocasionaría tal declaración –“principio de

trascendencia”– (causas N° 39028-01-CC/08 “Incidente de nulidad en autos ‘Cundo, Alexis s/inf. art. 149 bis, Amenazas y 183, Daños - CP”, rta. el 04/9/09; N° 01-02-CC/06 Incidente de sanción disciplinaria en autos “Fuenzalida, Mario s/art. 189 bis”, rta. el 02/9/09; N° 22567-00-CC/08 “Sena, Walter s/art. 149 bis”, rta. el 10/8/09, N° 14373-00-CC/2010 “Silva, Roberto Francisco s/infr. art. 149 bis CP – Apelación”, rta. el 28/12/2010; entre muchas otras), pues lo contrario conllevaría al dictado de la nulidad por la nulidad misma, lo que resulta inaceptable.

I. Planteo de nulidad del informe NCMEC

La defensa sostiene que el informe remitido por “National Center for Missing and Exploited Children” (NCMEC) en el marco del acuerdo para el Acceso Remoto a CiberTipline celebrado entre la organización de mención y el Ministerio Público Fiscal de CABA (Resolución FG nro. 435/2013), fue obtenido en una clara violación de los derechos constitucionales (art. 18 y 19 CN), observándose una interceptación de datos privados sin la debida autorización judicial. Expresa que el reporte nro. 2488175 emanado por la organización mencionada, importa la apertura de correspondencia protegida en los términos de la Constitución Nacional, encontrándose alcanzado por la regla que ampara la privacidad, debiéndose proceder a la interceptación de los datos y contenido del mismo bajo orden de un juez competente mediante auto fundado.

Al respecto, coincidimos con lo manifestado por el Fiscal de Cámara en cuanto sostiene que el reporte que dio origen a las actuaciones no vulnera norma constitucional alguna, en tanto la interceptación de ciertos datos de interés no sólo se encuentra prevista en las políticas de privacidad de la entidad donde se abrió la cuenta, sino que se efectuó en cumplimiento del acuerdo suscripto entre el Ministerio Público Fiscal y el “NCMEC”, a los efectos de cumplir con las obligaciones internacionales asumidas.

Que de la simple lectura de las políticas de privacidad de la red social “S.”, surge claramente que la empresa se reserva el derecho de revelar información aportada por el usuario a las autoridades que considere apropiadas en caso de que considere que una de las partes puede estar siendo víctima de abuso en cualquiera de sus formas, incluido el abuso infantil.

A ello se aduna que la resolución de Fiscalía General nro. 435/2013 (de fecha 12 de noviembre de 2013) y su correspondiente anexo, que da cuenta del Acuerdo celebrado entre el Centro Nacional para Niños Desaparecidos y Explotados (cuyas siglas en inglés son “NCMEC”) y el Ministerio Público Fiscal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. En este sentido, la resolución establece que el “NCMEC” es una organización sin fines de lucro con sede en los Estados Unidos de América. Esta institución ha recibido apoyo del Congreso de los EE. UU. con el fin de construir una respuesta internacional coordinada e intercambiar información respecto a la problemática de los niños desaparecidos y explotados sexualmente. Asimismo, ha obtenido autorización para establecer el Cyber Tipline, la cual proporciona un mecanismo centralizado donde los proveedores de servicios de Internet reportan actividades sospechosas relacionadas a la explotación sexual de niños. Que en este sentido se acompañó el proyecto del acuerdo mencionado, cuyo objeto consiste en definir los estándares para que este Ministerio Público Fiscal pueda establecer una conexión remota con la red virtual interna privada (el “Servicio VPN”) de NCMEC, con el fin específico de descargar informes de Cyber Tipline generados por la División de Niños Explotados de NCMEC (“Informes CyberTipline”).

En consecuencia, no sólo el usuario que utiliza su cuenta en ese sitio debe aceptar los términos y condiciones del servicio –entre los que se incluyen las políticas de privacidad que permiten compartir el contenido de su actividad cuando ello sea susceptible de configurar un ilícito–, sino que el Ministerio Público Fiscal –en virtud del acuerdo anteriormente celebrado con el “NCMEC”– tiene acceso a dicha información, a los efectos de radicar la denuncia penal pertinente (vale recordar que la investigación por la presunta comisión de los delitos previstos en el art. 131 del CP, se inicia de oficio, conforme dispone el art. 71 CP.).

Por último, vale recordar que la Convención sobre los Derechos del Niño (que la República Argentina ratificó mediante Ley N° 23849) establece en su art. 19.1 que “Los Estados Partes adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentra bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su

cargo”, mientras que el art. 34 dispone: “Los Estados Partes se comprometen a proteger al niño contra todas las formas de explotación y abuso sexuales. Con este fin, los Estados Parte tomarán, en particular, todas las medidas de carácter racional, bilateral y multilateral que sean necesarios para impedir: a) La iniciación o coacción para que un niño se dedique a cualquier actividad sexual ilegal; b) La explotación del niño en la prostitución y otras prácticas sexuales ilegales; c) La explotación del niño en espectáculos o materiales pornográficos”.

Que lo expuesto, no significa defender la revisión y utilización del contenido de los correos electrónicos que enviamos y recibimos a diario. Lo que se quiere reforzar, es el compromiso asumido por el Estado Argentino a los efectos de prevenir y sancionar ciertas conductas ilícitas y subrayar que dicha actividad persecutoria se encuentra respaldada por el instrumento internacional mencionado que protege la integridad sexual del niño menor de edad.

Siendo así cabe rechazar el planteo de nulidad impetrado por la defensa.

II. Planteo de nulidad del requerimiento de juicio

Ahora bien, en cuanto al planteo de nulidad del requerimiento fiscal de elevación a juicio introducido por el Defensor de Cámara, cabe señalar que su invalidez “*es una medida extrema que solo debe ser adoptada cuando se verifica una limitación o afectación relevante del derecho de defensa del imputado*” (Expte. 2620/03 “Ministerio Público –Defensor en lo Contravencional N° 1– s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en Oniszczuk, Carlos Alberto s/ ley 255”, rto. el 13/05/04, del voto de la Dra. Ana María Conde).

El Dr. Emilio Cappuccio sostiene que la fiscal de grado se ha limitado a transcribir la fórmula legal escogida para calificar el hecho imputado, sin detallar ni mencionar, concretamente, cuál sería el “delito contra la integridad sexual” que habría tenido en miras su asistido a partir de las conversaciones mantenidas con la presunta víctima.

Ahora bien, de la lectura del requerimiento se desprende con claridad que se le atribuye a R X F C haber contactado –entre el día 17 de mayo de 2014, a las 19:49:01 y el 18 de mayo de 2014, a las 01:34:53 hs, utilizando el nombreen la red social *Skout*, vinculado al correo electrónico ..., con número de abonado...– a L. DNI ..., de ... años de edad,

quien utilizaba el usuario “C” de la misma red social, con correo asociado ...con el propósito de cometer un delito contra su integridad sexual, al referirle expresiones tales como “Tienes un cuerpo perfecto sabes”, “Ya sabe cuándo necesite un médico puedo contar conmigo je”, “tiene un cuerpo muy lindo”, “Deje verla”, “Q me deje verla acostadita”, “Y como es su ropa interior”, “Que ganas de verla”, “Y su ropa interior es chiquita o grande”, “Pone en compartir foto y se toma una y me la envía”, “Me quede con ganas de verla así acostadita en ropa interior”, “No quisiera un poco de compañía”, “Tiene un cuerpoazo”.

Ese es el sustrato fáctico que resulta ser materia de reproche. En torno a la calificación jurídica que el acusador público asignó al hecho materia de acusación, es decir la configuración del delito previsto en el art. 131 CP, es menester señalar que, esta figura penal, conocida como *grooming*, se incorporó al código penal mediante la ley 26.904 (B.O. 13/11/2013) y establece que:

“Será penado con prisión de seis (6) meses a cuatro (4) años el que, por medio de comunicaciones electrónicas, telecomunicaciones o cualquier otra tecnología de transmisión de datos, contactare a una persona menor de edad, con el propósito de cometer cualquier delito contra la integridad sexual de la misma”.

En relación al elemento requerido por la figura penal respecto a que el contacto sea “con el propósito de cometer cualquier delito contra la integridad sexual”, puede ser caracterizado, a partir de la dogmática penal, como un elemento subjetivo del tipo distinto del dolo.

Estas exigencias han sido definidas como elementos subjetivos que exceden el puro querer la realización del tipo objetivo, o particulares ánimos puestos de manifiesto en el modo de obtención de esa realización (Zaffaroni-Alagia-Slokar, “Derecho Penal – Parte General”, Ed. Ediar, Bs. As., 2000, pág. 517).

A su vez, la presencia de estos elementos condujeron al surgimiento de la categoría: “delitos de intención”, en ellos, como el que aquí nos convoca, el autor tiene en vista un resultado que no necesariamente –y a veces nunca– debe alcanzar (Zaffaroni-Alagia-Slokar, ob. cit., pág. 519).

De lo expuesto no se trata entonces de delitos de sencilla prueba y en la descripción acusatoria no hay mucho más que prometer la comprobación de que, a partir del contenido de los contactos y las características del contexto (que si constituyeron elementos objetivos), es posible

arribar a la certeza de que existía aquella finalidad, ese deseo de obtener el resultado, más allá, como se dijo, de su efectiva materialización.

En el caso, y teniendo en cuenta las pruebas señaladas en la requisitoria de elevación a juicio el representante del Ministerio Público Fiscal está dispuesto a acreditar este ánimo en el imputado. Sin perjuicio de ello, la defensa tendrá la posibilidad de cuestionar o resistir la acusación durante la audiencia de juicio.

En conclusión, y según se desprende de las constancias de las actuaciones, la Defensa pudo tener acceso a las pruebas recabadas durante la investigación preparatoria y estar presente en la audiencia donde se discutió su procedencia en relación a los fines que con cada una de ellas se pretende probar. Siendo así, y más allá de la mayor o menor solidez de la pieza cuestionada, no se advierte que la defensa técnica se encuentre impedida de resistir la acusación durante la audiencia de juicio.

En torno a esta cuestión, resulta atinente el voto de la Sra. Juez del Tribunal Superior de Justicia Alicia E.C. Ruiz en el precedente “Ministerio Público – Defensoría Oficial en lo Contravencional y de Faltas n° 1 s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: ‘Ronchetti, Leonardo s/ art. 47 CC–apelación–’”, donde se señaló que mediante el requerimiento de juicio “[...] *El fiscal se debe limitar a evaluar los elementos probatorios existentes hasta el momento y si considera que son suficientes para enviar la causa a juicio, como ha sucedido en este caso, así lo solicitará. Ese requerimiento de la parte acusadora podrá ser ampliamente debatido, cuestionado y refutado por el imputado y su defensor ante los órganos judiciales que resolverán en definitiva el caso. En contra de lo sostenido por el defensor, el fin principal de la acusación del ministerio público fiscal es expresar una imputación correctamente formulada, de modo tal que el imputado tenga la posibilidad de defenderse en el juicio en forma eficiente*” (Expte. n° 3996/05, del 14/9/2005).

Como venimos señalando, el requerimiento de juicio cumple con tal condición.

Así, no se advierte en el caso particular, por sus características, una deficiencia descriptiva de la conducta atribuida que conduzca a afirmar la vulneración al derecho de defensa en juicio. En consecuencia, al no verificarse la afectación cabal del derecho constitucional, se impone el criterio restrictivo para el dictado de nulidades procesales.

Con lo expuesto corresponde rechazar el planteo de nulidad introducido por el Defensor de Cámara.

En base a todo lo expresado, este Tribunal,

RESUELVE

I. CONFIRMAR la decisión del juez de grado, obrante a fs. 25/29 vta. en cuanto no hace lugar al planteo de nulidad del informe NCMEC, introducido por la Defensora Oficial.

II. NO HACER LUGAR al planteo de nulidad del requerimiento de elevación a juicio impetrado por el Defensor de Cámara.

Regístrese, notifíquese mediante cédula con carácter de urgente, y oportunamente remítase al Juzgado de Primera Instancia interviniente, a sus efectos.

Fuero: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, Sala VI

Autos: “S. A. M. s/ Procesamiento Juzgado Criminal y Correccional N° 10”

Expte.: N° 12758/2016

Fecha: 06-11-2017

Buenos Aires, 6 de noviembre de 2017.

Y VISTOS Y CONSIDERANDO

I.- Interviene el Tribunal en la apelación interpuesta por la defensa de A. M. S. (ver fs. 206/208), contra el punto I del auto de fs. 200/205 que lo procesó en orden al delito de *grooming*.

II.- Los elementos de cargo son suficientes para dar sustento al temperamento adoptado, sin perjuicio de la discusión más profunda que pueda llevarse a cabo en un eventual debate, bajo los principios de inmediación y contradicción que lo caracterizan.

Entre el 9 de febrero de 2016, a las 1:48 y el 26 del mismo, a las 4:16, el nombrado intercambió mensajes vía *Whatsapp* –iniciando la conversación– con la menor I. R. L., en los que reveló su intención de mantener encuentros sexuales. Para ello en varias oportunidades quiso concretar una cita y no sólo le pidió una fotografía, sino que envió una de sus genitales.

K. L., madre de I., precisó en dos ocasiones las circunstancias y el contexto en el cual todo sucedió (fs. 2/4 y 8/9), lo que fue corroborado

por I. en la Cámara Gesell. Y es importante la entrevista con la niña porque en ella se mostró genuina, espontánea e incluso peritajes descartaron un incremento imaginativo patológico (fs. 105/111).

Además tuvo contacto directo con S. y, entonces, mejor que nadie puede contar las huellas que dejó esa conducta en su vida, pues ya tiene una edad –14 años– que permite expresarse con claridad.

Pero lo trascendental es que toda la situación se encuentra documentada. El contenido de los chats es más que sugestivo ya que utiliza frases como: “¿sabes guardar secretos?, me pareces re linda, nos podemos encontrar y ver, te llevo al río a andar en moto de agua” (fs. 58/64) y, por si no fuese suficiente, las imágenes que mandó despejan cualquier duda al respecto dado que responden a su miembro viril (fs. 65/66).

De ahí que no se entiende la negativa de la defensa cuando quedó explícito el sentido sexual que, sin más, pretende desconocer.

Otro dato es que el celular utilizado..... activó las celdas ubicadas en el kilómetro..... de....., provincia de Buenos Aires, es decir, la misma localidad donde vive S.

Que la línea no esté a su nombre en nada modifica el panorama. Por el contrario, que su titular sea M. I. d. T. –un familiar– parece ser un paso necesario para, en este tipo de delitos, dificultar la conexión del autor con el hecho. No obstante, la seguridad con la que la damnificada lo identificó permite superar el punto.

Es real la dificultad probatoria que presenta analizar su faz subjetiva pero la conversación bajo estudio denota la intención de seducir y la voluntad de crear confianza para concretar su propósito; la imagen obscena está íntimamente ligada con ello.

En definitiva, insistentemente quiso concertar una reunión con la menor para satisfacer su deseo sexual, que dejó al descubierto al enviar una imagen de sus genitales. Esto último revela el elemento subjetivo que requiere el tipo para su configuración.

Es que “*El delito de grooming sólo admite el dolo directo, cuyo alcance debe abarcar los elementos del tipo objetivo, pero además exige una ultraintención. Es decir, un plus en la faz subjetiva que está dado por el propósito de cometer un delito sexual en perjuicio del menor de edad*” (Buompadre, Jorge Eduardo, “Violencia de género en la era digital” Ed. ASTREA, págs. 212/213).

La palabra “*grooming*”, que proviene del término inglés “*groom*”, significa preparar o entrenar para un objetivo específico o actividad

concreta. Constituye “[...] la acción deliberada que lleva un adulto a ganarse la confianza de un menor con el propósito de contactarlo, y posteriormente tomar el control emocional de la víctima rompiendo sus débiles barreras, por razones de inmadurez biológica, facilitando su propósito sexual” (María Eugenia Lo Giúdice, “Con motivo de la sanción de la ley que introduce el “delito de grooming” en el Código Penal”, año 2013, pub. en el Suplemento “Alta Tecnología” de la Biblioteca Jurídica Online “elDial.com”, edición del 11/12/2013 [<http://www.eldial.com.ar>], ref.: DC1CoB.).

Esta conducta “tiene una intención determinada que podemos dividirla en etapas o fases y que pueden durar semanas o meses [...] una inicial o de “relación, donde se trata de acercarse al menor generalmente “suplantando identidad” [...] estadio donde se habla de gustos, amigos deportes, etc.[...] una intermedia o de “amistad”, donde ganada ya la confianza, se va obteniendo datos personales de la víctima [...] comienza un intercambio de confidencias, de secretos [...] pero llegará muy pronto la primer petición muy sutil, hasta lograr el compromiso [...] con el propósito de obtener imágenes o videos de contenido sexual [...] por cualquier medio de comunicación por plataforma online [...] y la etapa final o de actuación, ya hay una intención sexual, implícita o explícita, puede ser lograr mediante engaño una cita real destinada a lograr, un fin sexual” (ob. cit.) (el subrayado nos pertenece).

Los pasos que procuró para lograr su objetivo se corresponden con las etapas señaladas y demuestra que ejecutó un plan previsto de antemano.

Así, en un primer momento generó un contexto de confianza mediante halagos inocentes que, sin duda, causaron una impresión mayor en la víctima debido a que estaba transitando la adolescencia. Una vez creado el escenario propicio solicitó el envío de fotos y, para que no haya hesitación del tenor de su requerimiento, directamente mandó una de sus partes íntimas. Finalmente buscó concretar una salida que, en principio, podría resultar tentadora ya que refirió “te llevo al río a andar en moto de agua”.

La conjunción de ello enerva el planteo relativo a la orfandad probatoria y su descargo.

Por último, no se advierten problemas constitucionales con la sanción de la ley de grooming, porque su objeto no fue tipificar intenciones de las personas, sino la acción específica de solicitar al niño la realización

de actividades que él mismo no debería efectuar, lo cual se corresponde con todos los preceptos que pretenden resguardar su interés superior.

Con su promulgación nuestro país no hace más que cumplir con estándares mínimos fijados por la estructura jurídica internacional elaborada al respecto: Convención sobre los Derechos del Niño; El Protocolo Opcional de la Convención sobre los Derechos del Niño acerca de la venta de niños, la prostitución infantil y la pornografía infantil; El Protocolo para la Prevención, Supresión y Castigo del Tráfico de Personas, Especialmente Mujeres y Niños, complementario a la Convención de las Naciones Unidas contra el Crimen Organizado Transnacional –Protocolo de Palermo–; la Convención del Consejo de Europa sobre Cibercrimen; La convención del Consejo de Europa sobre la Protección de los Niños ante la Explotación y el Abuso Sexuales; Memorándum de Montevideo sobre la protección de Datos Personales y vida privada en las redes sociales en Internet, particularmente en los niños, niñas y adolescentes; todo ello pone de manifiesto la preocupación de la comunidad internacional ante la proliferación de conductas que, al involucrar a menores, hieren los más profundos sentimientos personales, familiares y sociales.

III.- En consecuencia, y sin perjuicio de que el instructor deberá evaluar la competencia, el Tribunal **RESUELVE:**

CONFIRMAR el punto I del auto de fs. 200/205 en todo cuanto fue materia de recurso.

Regístrese, notifíquese y devuélvanse las presentes actuaciones al juzgado de origen, sirviendo lo proveído de atenta nota de envío.

Se deja constancia que el juez Mariano González Palazzo, interviene en la presente en su carácter de subrogante de la Vocalía nro. 10 y que el juez Rodolfo Pociello Argerich, subrogante de la Vocalía nro. 3, no lo hace por hallarse en las audiencias de la Sala V de esta Cámara.

Julio Marcelo Lucini - Mariano González Palazzo
Ante mí: Ramiro Mariño Prosecretario de Cámara

Capítulo 2

Delitos contra la libertad

Explotación del trabajo infantil, consentimiento y derecho penal

Jorge Eduardo Buompadre*

Introducción

Recientemente, un periódico platense publicaba la siguiente noticia:

El trabajo infantil es un delito, pero el mundo no parece darse por aludido. Los números son estremecedores: según datos del Fondo para la Infancia de Naciones Unidas, alrededor del planeta hay más de 150 millones de niños empleados. La Argentina no escapa a este panorama desalentador. Según datos del Barómetro de la Deuda Social en el país, hay más de un millón de niños y adolescentes de entre 5 y 17 años que trabajan, cuando sólo deberían preocuparse por jugar y estudiar. Hace 15 años, en 2002, la Organización Internacional del Trabajo (OIT) decretó el 12 de junio como el Día Mundial contra el Trabajo Infantil. La fecha es el recordatorio anual de la deuda que los gobiernos, organizaciones de empleadores y trabajadores, la sociedad civil y otros actores mantienen para tratar de erradicar este flagelo.¹

La explotación de la infancia no sólo se realiza en la modalidad de tráfico de personas, de prostitución o de pornografía infantil. También el abuso y la manipulación de la niñez en el ámbito laboral implican una de las tantas formas de explotación del ser humano –en este caso, de explotación económica–, que lesiona sus derechos más básicos. El trabajo infantil ilegal envuelve, no sólo un problema social de gran envergadura, sino también un grave atentado a los derechos humanos de los niños.

* Doctor en Derecho por la Universidad Nacional del Nordeste (República Argentina). Doctor en Derecho por la Universidad de Sevilla (España). Profesor Titular por concurso de Derecho Penal y Ex Vicedecano de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas de la UNNE.

1. “Trabajo infantil: más de un millón de niños afectados en la Argentina”, en *Hoy en la noticia*, La Plata, 28/08/18.

La legislación que regula toda la problemática del trabajo infantil en Argentina, se encuentra diversificada en las siguientes normas: la Convención sobre los Derechos del Niño (aprobada mediante la Ley N° 23849, en adelante CDN), establece en el artículo 32 que

Los Estados parte reconocen el derecho del niño a estar protegido contra la explotación económica y contra el desempeño de cualquier trabajo que pueda ser peligroso o entorpecer su educación, o que sea nocivo para su salud o para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral o social.

La Ley N° 25255, por la que se aprueba el Convenio N° 182/99 sobre la Prohibición de las Peores Formas de Trabajo Infantil y la Acción Inmediata para su Eliminación, adoptado en la 87ª Reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo (OIT), cuyo artículo 3 establece que

A los efectos del presente Convenio, la expresión “las peores formas de trabajo infantil” abarca:

- a. todas las formas de esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, como la venta y el tráfico de niños, la servidumbre por deudas y la condición de siervo, y el trabajo forzoso u obligatorio, incluido el reclutamiento forzoso u obligatorio de niños para utilizarlos en conflictos armados;
- b. la utilización, el reclutamiento o la oferta de niños para la prostitución, la producción de pornografía o actuaciones pornográficas;
- c. la utilización, el reclutamiento o la oferta de niños para la realización de actividades ilícitas, en particular la producción y el tráfico de estupefacientes, tal como se definen en los tratados internacionales pertinentes, y
- d. el trabajo que, por su naturaleza o por las condiciones en que se lleva a cabo, es probable que dañe la salud, la seguridad o la moralidad de los niños.

Mientras que en el artículo 4 se dispone que

Los tipos de trabajo a que se refiere el artículo 3inc.d deberán ser determinados por la legislación nacional o por la autoridad competente, previa consulta con las organizaciones de empleadores y de trabajadores interesadas y tomando en consideración las normas internacionales en la materia, en particular los párrafos 3 y 4 de la Recomendación sobre las peores formas de trabajo infantil.

A todo este universo normativo, hay que sumar la Ley de Contrato de Trabajo N° 20744, reformada por la Ley N° 26390, de Prohibición

del Trabajo Infantil y Protección del Trabajo Adolescente, sobre la que haremos breves comentarios más adelante.

Por último, la problemática del trabajo infantil plantea una cuestión que demanda una visión desde una perspectiva de género, en cuyo caso, se torna imprescindible su confrontación normativa con la Ley N° 26485 de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres en los Ámbitos en que Desarrollen sus Relaciones Interpersonales y Ley N° 24632 que ratifica la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, Convención de Belém do Pará.

La visión de género –como decíamos– es relevante, en tanto implica una mirada más profunda y abarcativa del fenómeno, que permite visualizar las diferencias entre niños y niñas en la actividad laboral, no sólo desde el seno de la propia familia sino también en los respectivos roles que ocupa cada género en los espacios que asigna la sociedad a varones y mujeres.

El texto legal

La Ley N° 26847² introdujo el artículo 148 bis al Código Penal, cuyo texto castiga con pena de 1(un) a 4 (cuatro) años de prisión:

Al que aprovechar económicamente el trabajo de un niño o niña en violación de las normas nacionales que prohíben el trabajo infantil, siempre que el hecho no importare un delito más grave. Quedan exceptuadas las tareas que tuvieren fines pedagógicos o de capacitación exclusivamente. No será punible el padre, madre, tutor o guardador del niño o niña que incurriere en la conducta descripta.

El bien jurídico

El artículo en cuestión incrimina una conducta, que si bien se encuentra ubicada dentro de los delitos contra la libertad (Libro II, Tít.V CP), la libertad individual del menor de edad no es el bien jurídico preponderantemente protegido, por cuanto no es el ámbito de autodeterminación personal del niño el que está en riesgo frente a esta

2. BO N° 32617 del 12/04/2013.

modalidad de explotación. El menor puede incurrir en una infracción a la ley laboral que prohíbe el trabajo en cierta etapa de su desarrollo etario, sin que ello implique una violación de la ley penal para un tercero.

Se trata de un delito pluriofensivo que vulnera varios bienes jurídicos, que son prevalentes o principales respecto de la libertad individual del sujeto pasivo: la formación y desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social del niño (art. 27 inc.1 CDN), el derecho a su educación integral (art. 28 inc.1, CDN) y el derecho a que se respete su dignidad personal (art. 23 inc.1, CDN).

Es claro que un problema podría presentarse con la edad del menor en relación con las nuevas normas del Código Civil y Comercial de la Nación, en particular el artículo 26³ dedicado al “Ejercicio de los derechos por la persona menor de edad”:

Se presume que el adolescente entre trece y dieciséis años tiene aptitud para decidir por sí respecto de aquellos tratamientos que no resultan invasivos, ni comprometen su estado de salud o provocan un riesgo grave en su vida o integridad física.

Este párrafo establece una regla de autonomía progresiva del menor y con incidencia directa entre la situación etaria del niño –en función de su desarrollo y grado de madurez–⁴ y la prestación de su consentimiento

3. Art. 26: “Ejercicio de los derechos por la persona menor de edad. La persona menor de edad ejerce sus derechos a través de sus representantes legales. No obstante, la que cuenta con edad y grado de madurez suficiente puede ejercer por sí los actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico. En situaciones de conflicto de intereses con sus representantes legales, puede intervenir con asistencia letrada.

La persona menor de edad tiene derecho a ser oída en todo proceso judicial que le concierne así como a participar en las decisiones sobre su persona.

Se presume que el adolescente entre trece y dieciséis años tiene aptitud para decidir por sí respecto de aquellos tratamientos que no resultan invasivos, ni comprometen su estado de salud o provocan un riesgo grave en su vida o integridad física.

Si se trata de tratamientos invasivos que comprometen su estado de salud o está en riesgo la integridad o la vida, el adolescente debe prestar su consentimiento con la asistencia de sus progenitores; el conflicto entre ambos se resuelve teniendo en cuenta su interés superior, sobre la base de la opinión médica respecto a las consecuencias de la realización o no del acto médico.

A partir de los dieciséis años el adolescente es considerado como un adulto para las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo”.

4. En esta dirección se ha sostenido: “el niño constituye una totalidad, al igual que sus derechos y necesidades, y esa totalidad es completa en función de su etapa vital, por lo

para involucrarse en una actividad laboral, con lo cual, a primera vista, estaríamos en presencia de una persona menor de 16 años de edad que hace uso de un derecho constitucional, la libertad de ejercicio y también el derecho de expresarse y ser oído en ciertas y determinadas situaciones que no estarían prohibidas por el Derecho Penal, sino por normas de distinta naturaleza, como son, ciertamente, las leyes laborales.

Si un menor de 16 años es un “sujeto de derecho” –esto es, titular de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional y en los Tratados sobre Derechos Humanos–, que está legitimado a decidir qué hacer con su persona en determinadas circunstancias, por ejemplo decidir acerca de una relación sexual, de un cambio de sexo (con o sin intervención quirúrgica) o ejercer la prostitución libremente, consentir un tatuaje o la colocación de un *piercing*⁵ o, en fin, tomar un helado, entonces nos deberíamos preguntar ¿por qué no podría válidamente prestar su consentimiento para trabajar buscando una mejor situación económica para sí mismo o para su familia, o tener y decidir sobre su propio plan de vida sin tener que violar la ley penal?, ¿no estaría el legislador violando un Derecho Constitucional del menor al prohibir bajo la amenaza de prisión una actividad laboral respecto de la cual este prestó su consentimiento para realizarla? En suma y a tenor de las disposiciones de la legislación civil, ¿carece de validez el consentimiento del menor de 16 años en su decisión de trabajar en una actividad lícita?

Si miramos al menor de esa edad bajo el prisma de la condición de vulnerabilidad o situación de riesgo, entonces deberíamos responder que su consentimiento carece de toda validez, que es el espejo en el que muy probablemente se haya mirado el legislador al sancionar el artículo 148 bis que estamos comentando. Pero, esta postura ¿no estaría en

que podemos decir que existen diferencias entre las necesidades y la subjetividad del niño, un adolescente y un adulto, diferentes de acuerdo con la etapa de desarrollo en la que se encuentre, la que va a construir el parámetro del grado de autonomía para el pleno ejercicio de los derechos” (conf. Minyersky, Nelly, “Capacidad progresiva de los niños en el marco de la Convención sobre los Derechos del Niño”, en Grosman, C. y Herrera, M. (dirs.), *Hacia una armonización del Derecho de Familia en el Mercosur y Países Asociados*, Buenos Aires, Lexis- Nexis, 2007, p. 207.

5. Ley N° 7635 de la provincia de San Juan que prohíbe estas prácticas a menores de 18 años sin el consentimiento de los padres, cit. por Kemelmajer de Carlucci, Aída y otras, “Principio de autonomía progresiva en el Código Civil y Comercial. Algunas reglas para su aplicación”. Disponible en: www.colmed5.or.ar

contradicción con la legislación civil que se sustenta en el principio de la autonomía progresiva y en el interés superior del niño?

El tipo penal

La fórmula no tiene precedentes en el derecho argentino, ni ha recibido suficiente explicación en el Parlamento nacional. Seguramente, su antecedente más inmediato se encuentre en la Convención N° 138 de la Organización Internacional del Trabajo,⁶ en la que se establece que los Estados que ratifiquen el Convenio deberán comprometerse a seguir una política nacional que asegure la abolición efectiva del trabajo de los niños y eleve progresivamente la edad mínima de admisión al empleo de manera que haga posible el más completo desarrollo físico y mental de los menores. La edad mínima fijada no deberá ser inferior a la edad en que cesa la obligación escolar, o en todo caso, a quince años.

La Ley N° 26847, que penaliza el aprovechamiento del trabajo infantil, importa un paso positivo de la respuesta punitiva a la normativa internacional, incorporando al Código Penal una novedosa figura que, por sus propias características típicas, constituye un caso de infracción a una ley administrativa (principio de accesoriedad administrativa) que permite calificar al tipo como una ley penal en blanco (tipo abierto) que requiere de complementación, de una remisión a una norma extrapenal (elemento normativo del tipo), para la configuración de la materia de prohibición.

Es sabido que, por imperio del principio de legalidad (taxatividad y máxima determinación), las leyes penales deben nacer completas. Este es el principio general. Pero, en circunstancias excepcionales respecto de ciertas materias que, por su permanente fluctuación requieren de regulaciones más elásticas (por ej. las normas ambientales o de contenido económico), el legislador se ve en la necesidad de acomodar la norma penal reenviando a otras normas de igual rango para completar la materia de prohibición. Es lo que ocurre –como en este supuesto– con las llamadas normas penales en blanco.⁷

6. Convenio N° 138 (OIT), ratificado por la Ley nacional N° 24650.

7. Conf. Lascano, Carlos J., *Derecho Penal. Parte general*, Córdoba, Advocatus, 2002, p. 156 y ss.; Orts Berenguer, Enrique y González Cussac, José L., *Compendio de Derecho Penal. Parte general*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2^{da} ed., 2010, p. 100 y ss.

No se trata en esta hipótesis de una normativa que permite una interpretación libre del juez que debe complementar el tipo recurriendo a normas no penales a fin de otorgarle precisión y certeza, sino de una remisión estrictamente “normativa” a una legislación de rango equivalente (ley penal en blanco en sentido propio).⁸ En este caso, la ley laboral que regula el trabajo infantil. Sólo las llamadas “normas penales abiertas” permiten una integración normativa complementaria realizada por la jurisprudencia, aunque en algunos casos podrían resultar contradictorias con el principio de legalidad, por ej. cuando la complementación judicial fuera a todas luces “arbitraria”.

En el marco estructural de la norma penal, el tipo en análisis configura una norma penal en blanco, incompleta, que necesita de una integración normativa con rango de ley para completar su presupuesto o norma primaria, esto es, una remisión a una ley laboral en la que se describe el contenido o presupuesto tipológico que otorga complemento al tipo legal: el aprovechamiento del trabajo infantil “en violación” de una ley nacional que prohíbe el trabajo de ciertas personas en una etapa etaria de su vida.

Tal como señalan Bustos y Hormazábal, el Tribunal Constitucional español estableció las coordenadas que deben tenerse en cuenta para ajustar este tipo de leyes a la normativa constitucional: a) que el reenvío normativo sea expreso y esté justificado en razón del bien jurídico protegido por la norma penal; b) que la ley, además de señalar la pena, contenga el núcleo esencial de la prohibición y sea satisfecha la exigencia de certeza o se dé la suficiente concreción para que la conducta calificada de delictiva quede suficientemente precisada con el complemento indispensable de la norma a la que la ley penal se remite, y resulte de esta forma salvaguardada la función de garantía del tipo con la posibilidad de conocimiento de la actuación penalmente contaminada.⁹

8. Conf. Núñez, Ricardo C., *Derecho Penal Argentino. Parte general*, Buenos Aires, Bibliográfica Argentina, 1959, T. 1, p. 100 y ss.

9. TC, Sent. N° 05/07/90, cit. por Bustos, Juan J. y Hormazábal Malareé, Hernán, *Lecciones de Derecho Penal. Parte general*, Madrid, Editorial Trotta, 2006, p. 108.

La conducta típica. Concepto de “trabajo infantil”

El tipo penal no se perfecciona con la mera realización de la conducta descrita en la norma, “aprovecharse económicamente del trabajo de un niño” (en esto sólo no consiste el delito), sino que la dependencia del tipo penal del Derecho Administrativo sancionador exige normativamente requiere algo más, esto es, que la conducta sea “violatoria de las normas nacionales que prohíben el trabajo infantil”. Se trata de una accesoriedad relativa, por cuanto no es suficiente ni con la realización de la conducta típica ni con la infracción de la norma administrativa. Autónomamente considerados, no es suficiente típicamente ni con el mero aprovechamiento económico del trabajo de un niño (por ej. quien se beneficia con los frutos del trabajo de un menor de 18 años, pero mayor de 16), ni con la sola violación de la normativa laboral, sin que concurra alguna forma de aprovechamiento de carácter económico. Es necesaria la concurrencia de ambos elementos del tipo objetivo para la consumación del injusto típico.

Se trata de un delito de doble conducta (o de acción doble), mixto acumulativo, de aquellos que la doctrina denomina delitos compuestos de varios actos (como por ej. los delitos mutilados en dos actos),¹⁰ que implica –como se dijo antes– una hiperprotección penal a una infracción de carácter administrativo.

Teniendo en cuenta que la remisión normativa es a “normas nacionales que prohíben el trabajo infantil”, podría plantearse una objeción constitucional desde el principio de legalidad penal (taxatividad, seguridad jurídica, división de poderes), toda vez que el reenvío a “normas nacionales”, sin distinción de rango, pudiera interpretarse que la remisión no sólo es a “leyes” en sentido formal (provenientes del Poder Legislativo) sino también a otras disposiciones normativas procedentes del Poder Ejecutivo (ley en sentido material), en contravención a lo establecido en el artículo 18 de la Constitución Nacional y 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art.75 inc. 22 CN).¹¹

10. Conf. Polaino Navarrete, Miguel, *Derecho Penal. Parte general: Teoría Jurídica del delito*, Barcelona, Bosch, 2000, T. II, vol.1, p. 446.

11. Conf. Zaffaroni, Eugenio Raúl y Pierángeli, José Henrique, *Manual de Direito Penal Brasileiro. Parte geral*, San Pablo, Editora Revista Dos Tribunais, 7^{ma} ed., 2008, p. 388 y ss.

Ahora bien, por tratarse de una ley con las características señaladas (ley penal en blanco), la conducta descrita en la norma de “destino” (a la cual se dirige la remisión) integra el tipo objetivo y, por lo tanto, se convierte en un elemento típico.

La acción material punible consiste en “aprovecharse económicamente del trabajo de un niño o niña en violación de las normas nacionales que prohíben el trabajo infantil”.

La conducta de *aprovechamiento* descrita en la norma como acción típica, implica el disfrute o goce de los resultados económicos que provienen de la actividad laboral del menor, en beneficio propio, pero no necesariamente requiere que, al mismo tiempo, se persiga o logre su explotación. Vale decir, que si bien la conducta de aprovecharse representa una de las tantas formas de explotación del ser humano (cuando se trata de un menor o un incapaz), ello no quiere decir, en principio, que se trate de conductas equivalentes.

Si bien, como dijimos, el aprovechamiento lucrativo implica una forma de abuso, ello no necesariamente equivale a explotación. Puede darse una situación de aprovechamiento sin explotación, por ej. consumir los frutos de un trabajo voluntario de un niño, y también, a la inversa, una situación de explotación sin aprovechamiento, por ej. obligar al menor, con el empleo de algún medio coactivo o violento, a trabajar en una actividad para que satisfaga sus propias necesidades. O podría darse, también, un caso de autorización o permiso para que el menor desarrolle tareas laborales en su propio beneficio, por ej. para pagarse estudios de formación o capacitación en determinada actividad u oficio, situación que ha sido excluida en forma expresa de toda punición.

La explotación siempre implica la instrumentalización del menor para el ejercicio de una actividad determinada, en este caso, una actividad laboral, y tal instrumentalización sólo puede conseguirse a través de ciertos medios o mecanismos violentos, fraudulentos o coercitivos. La explotación del ser humano presupone siempre una situación de abuso de poder y todo abuso de poder presupone, al mismo tiempo, una cosificación del ser humano. No existe explotación sin abuso, y en lo que hay que convenir es en que el tipo penal no tipifica la conducta de “explotar” sino la de “aprovecharse” (del trabajo de...). Pero, en este caso y por tratarse de un menor de edad, hay que entender que ambos términos son equivalentes, en el sentido de tratarse de una modalidad de “sacar ventajas o beneficios” de la actividad laboral de un tercero,

en este caso, de un menor de 16 años. Por ello, anteriormente dijimos que la no equivalencia entre ambas conductas era sólo “en principio”, meramente formal, esto es, de acuerdo con las circunstancias particulares de cada caso. Va de suyo que no tiene el mismo significado la voz “explotación” en los delitos de trata de personas o de rufianería que la expresión “aprovecharse” del tipo de injusto que estamos comentando.

De lo contrario, el legislador debió prever algún medio violento o coercitivo para integrar el tipo penal, de manera de no tener dudas acerca de que la conducta descrita en el precepto debiera entenderse como “explotación” de un ser humano, en el sentido de cosificación del mismo, y no como un mero aprovechamiento económico de la actividad laboral del niño.

Pero, aun si esto sucediera, es decir, el aprovechamiento económico de la actividad laboral del menor, mediante algún mecanismo de explotación (por ej. por el uso de violencia o intimidación), no se multiplicaría el delito en términos de pena, ya que la figura no prevé agravantes de ninguna naturaleza, pero sí podría dar lugar a relaciones concursales con otros preceptos penales, tanto por los resultados producidos (vida e integridad física) como por los peligros que ello puede irrogar a otros bienes jurídicos en juego (libertad individual).

El legislador ha tomado en cuenta para la incriminación de esta clase de conductas, sólo la finalidad lucrativa –en sentido económico– del trabajo del menor, no así aquellas que persiguen una finalidad pedagógica o de capacitación, que están expresamente excluidas del precepto penal. Se trata de situaciones de atipicidad penal.

A los fines de la complementación típica (integración del tipo penal), toda vez que la expresión “trabajo infantil” no ha sido conceptualizada en el Código Penal, debemos preguntarnos ¿cuál es la normativa nacional a que remite el precepto penal? La respuesta es: la Ley de Contrato de Trabajo N° 20744, reformada por la Ley N° 26390, cuyo artículo 1, además de imponer una nueva denominación al Título VIII de la Ley N° 20744 “De la prohibición del trabajo infantil y de la protección del trabajo adolescente”, establece que

Queda prohibido el trabajo de las personas menores de dieciséis (16) años en todas sus formas, exista o no relación de empleo contractual, y sea este remunerado o no. Toda ley, convenio colectivo o cualquier otra fuente normativa que establezca una edad mínima de admisión al empleo distinta a la fijada en el segundo párrafo, se considerará a ese solo

efecto modificada por esta norma. La inspección del trabajo deberá ejercer las funciones conducentes al cumplimiento de dicha prohibición.

Si bien es verdad que, en sentido penal, la conducta de *aprovechamiento* (aprovecharse de...), en principio, va ligada a la idea de abuso o explotación de un ser humano en situación de vulnerabilidad, lo cual, desde esta perspectiva la acción conllevaría necesariamente el uso de medios violentos, fraudulentos o coercitivos, no lo es menos de que –como antes se puso de relieve– también este tipo de comportamientos pueden llevarse a cabo sin el empleo de tales medios materiales y/o psicológicos, situaciones que se aprecian en otras formas de comportamiento, por ej. la conducta del rufián que se aprovecha (obtiene ventajas o ganancias) de la prostitución ajena ejercida voluntariamente por una persona, o la de aquel que disfruta económicamente de la mendicidad o de la venta informal por parte de menores en las calles.

Pero, en el caso que estamos analizando, la mera acción de aprovecharse ya implica una forma de abuso o explotación en sí misma (por ello dijimos que son conductas equivalentes), teniendo en cuenta que la víctima es una persona menor de edad que requiere de una protección adicional de la ley, en este caso, de la ley penal –por integrar un grupo humano de alto riesgo–, por cuanto comportamientos de esta clase ponen en grave peligro no sólo la vida y la salud del menor –así como otros intereses igualmente relevantes que merecen ser protegidos por la ley, por ejemplo la formación y el desarrollo educacional del niño (art. 28 inc. 1 CDN)–, sino que significan un grave atentado a su dignidad personal.

La explotación del trabajo ilegal infantil involucra a personas que se encuentran en franca posición de vulnerabilidad, integrando un grupo de alto riesgo laboral con respecto a los adultos en iguales circunstancias, afectando sensiblemente el desarrollo y posibilidades futuras de la personalidad del menor como sujeto de derechos implicando, por lo tanto, una situación de violencia de género,¹² en la medida que –como nosotros lo entendemos– los términos violencia de género y violencia contra la mujer son, en el orden jurídico argentino, términos equivalentes.¹³

12. Véase “El trabajo infantil desde una perspectiva de género”, Serie de documentos, Ministerio del Interior, 2012. Disponible en: www.ministerior.gov.ar

13. Conf. Buompadre, Jorge E., *Los delitos de género en la reforma penal (Ley N° 26791)*, Resistencia, Editorial ConTexto, 2013, p. 16 y ss.; Buompadre, Jorge E., *Violencia de Género, Femicidio y Derecho Penal*, Córdoba, Editorial Alveroni, 2013.

Desde esta perspectiva, no hay que perder de vista lo que establecen la Ley N° 26485 de “Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales”, en cuyo artículo 4 se define lo que debe entenderse por “violencia contra las mujeres”, esto es:

... toda conducta, acción u omisión, que de manera directa o indirecta, tanto en el ámbito público como en el privado, basada en una relación desigual de poder, afecte su vida, libertad, dignidad, integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial, como así también su seguridad personal. Quedan comprendidas las perpetradas desde el estado o por sus agentes.

Asimismo, la Ley N° 24632, que aprobó la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém Do Pará), en cuyo Capítulo II se regulan los derechos de las mujeres, en forma específica a “vivir una vida libre de violencia”.

El aprovechamiento económico de una niña menor de 16 años en violación de las normas que prohíben el trabajo infantil, implica una situación de violencia contra la mujer en los términos de la normativa nacional e internacional mencionadas.

La conducta descrita por la norma penal no requiere –porque la ley no lo exige– el empleo de medios violentos, intimidatorios, fraudulentos o coercitivos, dirigidos a lograr o vencer la voluntad del menor (inclusive, la actividad laboral de que se trate pudo haber sido consentida por este o propuesta por el propio menor como medio de subsistencia), sino que es suficiente para la perfección típica que el autor “se aproveche económicamente” del trabajo del niño, esto es, que obtenga frutos o ganancias de contenido patrimonial, en beneficio propio, y que sean provenientes del trabajo realizado por el menor.

Sin perjuicio de lo expuesto, las circunstancias típicas deberían ser confrontadas en cada caso en particular, habida cuenta que –como ya se dijo anteriormente–, la legislación civil nos obliga a ponderar si, en el caso concreto, el menor de 16 años prestó el consentimiento para realizar la actividad laboral, elemento implícito en el tipo penal que habrá de verificarse si fue prestado por una persona con suficiente grado de desarrollo y madurez para tomar decisiones sobre su plan de vida y si se obligó en forma libre y voluntaria. En otros términos, se deberá analizar en el caso judicial respectivo si el niño prestó su consen-

timiento en libertad o si, por diversos factores causales, se encontraba en situación de vulnerabilidad o incapacidad para autodeterminarse, pues, de otro modo, el injusto penal no pasaría el umbral de un delito meramente formal o en expectativa, cimentado únicamente en una mirada paternalista fundada en la minoría de edad.

No olvidemos que, en todos los casos en que se encuentre en riesgo un derecho fundamental, los jueces deben efectuar el “control de convencionalidad”,¹⁴ es decir, controlar de oficio¹⁵ si la normativa interna es compatible con la normativa internacional, con lo cual se evitaría todo planteo de inconstitucionalidad del tipo penal.

El delito tipificado por la Ley N° 26847 –si bien importa un avance en materia de protección de la niñez frente a su explotación laboral–, es de aquellas figuras que contienen una tutela más simbólica que real, ya que, por un lado, no comprende situaciones que también producen efectos dañinos en el desarrollo futuro del menor, como sería

14. Corte IDH: “Control de convencionalidad en su jurisprudencia, comprende los siguientes elementos (o las siguientes características): a) Consiste en verificar la compatibilidad de las normas y demás prácticas internas con la CADH, la jurisprudencia de la Corte IDH y los demás tratados interamericanos de los cuales el Estado sea parte; b) Es una obligación que corresponde a toda autoridad pública en el ámbito de sus competencias; c) Para efectos de determinar la compatibilidad con la CADH, no sólo se debe tomar en consideración el tratado, sino que también la jurisprudencia de la Corte IDH y los demás tratados interamericanos de los cuales el Estado sea parte; d) Es un control que debe ser realizado *ex officio* por toda autoridad pública; y e) Su ejecución puede implicar la supresión de normas contrarias a la CADH o bien su interpretación conforme a la CADH, dependiendo de las facultades de cada autoridad pública” (caso “Almonacid Arellano vs. Chile”, en *Cuadernillo de Jurisprudencia N° 7*, disponible en: www.cidh.or.cr). Al respecto, ver más ampliamente Aquino Britos, Armando Rafael, *Derecho Procesal Constitucional*, p. 67 y ss., Resistencia, Editorial ConTexto, 2018.

15. Corte IDH: “Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también ‘de convencionalidad’ *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. Esta función no debe quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto, aunque tampoco implica que ese control deba ejercerse siempre, sin considerar otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de ese tipo de acciones”. Caso “Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú” Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 24 de noviembre de 2006. Disponible en: www.cidh.or.cr

por ejemplo el caso de la explotación de la mendicidad callejera y, por otro lado –si recurrimos al texto de la Ley N° 26390–, tampoco estarían abarcados los “incapaces”, sujetos que también integran el grupo de personas vulnerables, que demandan de una hiperprotección de la ley. Volveremos más adelante sobre esta cuestión.

Con arreglo al texto legal –como antes se dijo– la acción típica no requiere de medios específicos de comisión (violentos, fraudulentos o coercitivos), de manera que si el aprovechamiento o ventajas económicas provenientes del trabajo infantil fuera la consecuencia del empleo de tales medios, podrían producirse relaciones concursales con otras figuras delictivas, por ejemplo lesiones, amenazas, coacciones, etc., que significarían el incremento de la pena en el caso particular.

Con ello se deja ver otra falencia de la ley. El empleo de esta clase de medios implica un nuevo desvalor a la conducta, que no ha sido prevista por el legislador. El aprovechamiento violento no redundará en una agravación específica de la penalidad del tipo básico, salvo en lo que respecta a las pautas generales de mensuración de la pena (arts. 40 y 41 CP), ya que el tipo penal no establece formas agravadas de imputación. Tampoco se ha previsto, inexplicablemente, una mayor penalidad para supuestos específicos de criminalidad organizada o de mafias que actúan en la clandestinidad para obtener ventajas económicas explotando la infancia.

El tipo objetivo demanda la concurrencia de un elemento normativo que necesariamente hay que buscarlo fuera de la ley penal: *trabajo infantil*.

Conceptualizar este elemento reclama bucear en la normativa nacional aplicable, y para ello debemos recurrir a la Comisión Nacional para la Prevención y Erradicación del Trabajo Infantil (CONAETI), que expresa en el Plan Nacional para la Erradicación del Trabajo Infantil, y lo define de la siguiente manera: “es toda actividad económica y/o estrategia de supervivencia, remunerada o no, realizada por niñas y niños, por debajo de la edad mínima de admisión al empleo o trabajo, independientemente de su categoría ocupacional”.¹⁶

16. El 5 de diciembre de 1996 el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social de la República Argentina suscribió el “Memorándum de Entendimiento” con la Organización Internacional del Trabajo (OIT), a través del cual el Ministerio adhirió al Programa Internacional para la Erradicación del Trabajo Infantil (IPEC). En este marco se crea, en 1997,

Tratándose –como antes se dijo– de un elemento del tipo objetivo, la actividad laborativa del menor de 16 años se constituye en un elemento normativo que debe ser materia de comprobación en el caso judicial.

Los sujetos del delito

Al tratarse de una infracción de titularidad indiferenciada, en principio cualquier persona puede ser *sujeto activo* del delito (“el que...”, dice la ley), con la excepción de los padres, tutores y guardadores, que han sido excluidos expresamente del círculo de posibles autores. Pero, como hemos podido apreciar páginas más atrás, con arreglo a la normativa nacional en materia laboral, sólo puede ser *sujeto pasivo* del delito una “persona menor de 16 años de edad”.

Con respecto a esto último, sin embargo hay que formular una aclaración. La ley penal –cuando se refiere al sujeto pasivo– no habla de “menor de edad” (lo hace, sí, la Ley N° 26390, de reformas a la Ley de Contrato de Trabajo N° 20744, que alude a “personas menores de 16 años”) sino de “niño o niña”, con lo cual –por tratarse de una denominación genérica, prevista constitucionalmente: “todo ser humano...”, dice el artículo 1 de la CDN– quedan comprendidos en el círculo de sujetos pasivos también los incapaces y los niños física o mentalmente impedidos (art. 23 inc.1 CDN) menores de 16 años, como así quienes aún no han cumplido 18 años, pero como el tipo de injusto exige una conducta *en violación de las normas nacionales que prohíben el trabajo infantil*, necesariamente el sujeto pasivo habrá de ser un niño o niña menor de 16 años de edad (Ley N° 26390, art. 2).

Pero, recordemos, el sujeto pasivo ya no es el “infante” del antiguo derecho o el “menor impúber” del Código Civil de Vélez Sarsfield, que eran personas absolutamente incapaces, cuya capacidad era gestionada por los padres o por el Estado, sino “sujetos titulares de derechos” (humanos), los que son reconocidos como derechos consustanciales a la persona humana, como la dignidad, la autonomía y la libertad. Por ello es que decíamos anteriormente que habría que indagar acerca de

la Comisión Nacional para la Erradicación del Trabajo Infantil (CONAETI), la cual se formalizó por Decreto N° 719, de fecha 25/08/2000, en el ámbito del actual Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social.

la concurrencia del consentimiento del menor en cada caso en particular y si el mismo cuenta con la edad y el grado de madurez suficiente que, no sólo lo habilitan a prestarlo en libertad sino que tornaría ostensible no estar en presencia de una persona vulnerable.

El tipo subjetivo

El delito es doloso, de dolo directo. El error vencible acerca de la edad del niño, excluye la tipicidad. La figura no prevé ningún elemento subjetivo del tipo que deba añadirse al dolo propio del delito, ni tampoco las formas imprudentes. El dolo debe comprender el conocimiento de la edad del menor y la voluntad del autor debe estar dirigida a obtener alguna ventaja de naturaleza económica proveniente de la actividad laboral de aquel.

Consumación y tentativa

Por tratarse de un delito de resultado, de naturaleza subsidiaria, para la consumación típica se requiere el efectivo “aprovechamiento” económico del trabajo infantil; no es suficiente con el propósito del agente de lograrlo. No se trata de un delito de tendencia, de resultado cortado, subjetivamente configurado. Los beneficios económicos deben haber ingresado al patrimonio del sujeto activo del delito. Por lo tanto, la tentativa resulta admisible.

Regla de subsidiariedad

El artículo 148 bis establece que la conducta típica es punible “siempre que el hecho no importare un delito más grave”.

Se trata de una regla de subsidiariedad expresa, que también ha sido utilizada por el legislador en otras figuras delictivas con diferente redacción, por ej. en el delito de violación de domicilio, en el que se establece la punición “si no resultare otro delito más severamente penado” (art. 150 CP).

La fórmula legal no implica, en sí misma, la imposición de una regla concursal, aunque puede presentarse una situación de un concurso delictivo –en tal caso, se trataría de un concurso real– si de la conducta de aprovechamiento *resulta* un delito de pena menor o mayor. La subsidiariedad o el desplazamiento se produce cuando el hecho mismo del aprovechamiento pasa a ser otro delito más grave, lo cual sucede cuando ese aprovechamiento es un elemento que ha integrado la tipicidad de la acción de otro delito, o cuando en sí mismo el hecho constituye el *corpus* del delito más grave. En estos casos, la norma de mayor punibilidad descarta la aplicación del delito del artículo 148 bis.¹⁷

Excusa absolutoria

La figura delictiva establece una *excusa absolutoria* en favor de los “padres, tutores y guardadores” que incurrieran en la conducta descrita en el tipo penal. Si bien es verdad que la Ley N° 20744 de Contrato de Trabajo regula una situación de excepción para las empresas familiares, permitiendo el trabajo a menores de 16 años pero mayores de 14,¹⁸ creemos que la regla cancelatoria de la pena no es satisfactoria. Precisamente, estos casos de involucramiento de familiares, parientes o sujetos obligados por la existencia de responsabilidades especiales, son los que deberían estar contemplados como formas agravadas de la conducta típica, como se ha hecho con otros injustos penales, por ej. ciertos abusos sexuales, de tráfico de personas, etc., por cuanto se trata de sujetos

17. Conf. Creus, Carlos y Buompadre, Jorge E., *Derecho Penal. Parte especial*, Buenos Aires, Astrea, 7^{ma} ed., 2007, T. I, p. 377; Buompadre, Jorge E., *Tratado de Derecho Penal. Parte especial*, Buenos Aires, Astrea, 3^{ra} edición, 2009, T. I, p. 697.

18. Ley N° 20744, art. 189 bis: “Empresa de la familia. Excepción. Las personas mayores de catorce (14) y menores a la edad indicada en el artículo anterior podrán ser ocupados en empresas cuyo titular sea su padre, madre o tutor, en jornadas que no podrán superar las tres (3) horas diarias, y las quince (15) horas semanales, siempre que no se trate de tareas penosas, peligrosas y/o insalubres, y que cumplan con la asistencia escolar. La empresa de la familia del trabajador menor que pretenda acogerse a esta excepción a la edad mínima de admisión al empleo, deberá obtener autorización de la autoridad administrativa laboral de cada jurisdicción. Cuando, por cualquier vínculo o acto, o mediante cualquiera de las formas de descentralización productiva, la empresa del padre, la madre o del tutor se encuentre subordinada económicamente o fuere contratista o proveedora de otra empresa, no podrá obtener la autorización establecida en esta norma”.

sobre los que recae una mayor responsabilidad respecto de la custodia y protección de la víctima. ¿Qué sucedería si el padre obligara a su hijo menor a realizar trabajos prohibidos por la ley, sin aprovecharse de las ganancias, o inclusive, aprovechándose de ellas?, pues nada, quedaría al margen de la penalidad, al menos por este delito –sobre todo si se disfraza o encubre la actividad bajo el manto de una empresa familiar, o bajo una finalidad pedagógica o de capacitación–, circunstancia que nos parece desde todo punto de vista rechazable. Esta curiosa situación que se presenta con los padres, tutores y guardadores, tal vez obre como disparador para que, precisamente, sean estas personas quienes obliguen a sus hijos o niños bajo guarda o tutela a realizar trabajos prohibidos por la ley, sabiendo que no serán objeto de castigo alguno. Repárese en los niños campesinos, los cartoneros o los carreros en las provincias del interior. No debe olvidarse el tiempo que le insume a un niño realizar tareas laborales de distinto signo, es un tiempo robado a su niñez, y el daño es irreversible. Y si son los padres, tutores y guardadores quienes realizan estas conductas, el hecho debería (y, lo es, ciertamente) ser más reprochable y no, como ha decidido el legislador, premiar a los autores con una excusa absolutoria que los exonera de pena.

Palabras finales

El Preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño, alude a la Declaración de los Derechos del Niño (ONU, 1959) al mencionar que “el niño por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidados especiales, incluso debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento”, declaración que se repite en otras tantas disposiciones de la normativa internacional. Igualmente, con arreglo a la Ley N° 26061, de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, se declara con énfasis en el artículo 9 el derecho a la dignidad y a la integridad personal de los niños, abarcando, entre otros, el derecho a no ser sometidos a trato violento, discriminatorio, vejatorio, humillante, intimidatorio y a ninguna forma de explotación económica o de abuso, resaltándose en el artículo 15 el derecho a la educación. Asimismo, tales derechos gozan de una protección especial en la Ley N° 26485 de Protección Integral a las Mujeres (por ej. art. 3).

Pues bien, en nuestra opinión, el legislador penal no ha respetado ninguno de estos derechos al permitir que los padres, tutores y guardadores aprovechen económicamente la niñez de sus hijos, tutelados y guardados, eximiéndoles de pena cuando realizaren la conducta descripta en el tipo penal en cuestión.

La desigualdad de trato con sujetos que no tienen ningún tipo de parentesco, es evidente. Por más que se involucre a la pobreza –y a todo lo que ella representa– como un factor garantizador de la impunidad de ciertos parientes, ello no justifica en modo alguno la explotación de la niñez en estas situaciones. La explotación no deja de ser tal porque la lleve a cabo un pariente y debería ser sancionada como cualquier otro caso de explotación. El trabajo infantil ilegal siempre es un elemento negativo en la vida de un niño, quien debe ser protegido frente a cualquier forma de explotación.

Como antes se dijo, no debemos olvidar que el niño es, hoy por hoy, un sujeto titular de derechos que, según su desarrollo y grado de madurez, puede tomar decisiones acerca de su vida personal. El criterio de la edad fija o rígida del menor como límite para el ejercicio de sus derechos o la figura del niño sometido a sus padres y al Estado, en un escenario de vulnerabilidad absoluta y permanente, ha quedado en el pasado. Un niño a quien se le imposibilita el ejercicio autónomo de sus derechos, deja de ser un “niño” para el derecho para volver a ser el “menor” que un día fue.

Una vez más volvemos a insistir, los casos de explotación de menores, sea para fines sexuales, laborales, o de otro signo, no tienen solución únicamente desde la ley penal. El Código Penal no es la solución de la pobreza, de la marginación, del analfabetismo, de la deserción escolar, de la falta de equidad en la distribución del ingreso, de la ausencia o ineficacia de medidas en el sector educativo, de la discriminación o de los graves daños que el trabajo infantil produce en los niños. Ni siquiera es la solución del crimen. Se necesita de políticas de Estado y de instrumentos asistenciales suficientes orientados a evitar estas situaciones de riesgo. De otro modo, nuevamente estaríamos contribuyendo a una nueva deslegitimación del Derecho Penal, al convertirlo en una herramienta meramente represiva y, por lo tanto, intolerable. ¿No hubiera sido suficiente con el derecho laboral o el derecho administrativo sancionador?

Bibliografía

AQUINO BRITOS, Armando R., *Derecho Procesal Constitucional*, Resistencia, Editorial ConTexto, 2018.

BUOMPADRE, Jorge E., *Los delitos de género en la reforma penal (Ley N° 26791)*, Editorial ConTexto, Resistencia, 2013.

_____, *Violencia de Género, Femicidio y Derecho Penal*, Córdoba, Editorial Alveroni, 2013.

_____, *Tratado de Derecho Penal. Parte especial*, Buenos Aires, Astrea, 3^{ra} edición, 2009, T. I.

BUSTOS, Juan J. y HORMAZÁBAL MALAREÉ, Hernán, *Lecciones de Derecho Penal. Parte general*, Madrid, Trotta, 2006.

CREUS, Carlos y BUOMPADRE, Jorge Eduardo, *Derecho Penal. Parte especial*, Buenos Aires, Astrea, 7^{ma} edición, 2007.

KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída y otras, “Principio de autonomía progresiva en el Código Civil y Comercial. Algunas reglas para su aplicación”. Disponible en: <http://www.sajj.gov.ar/aida-kemelmajer-carlucci-principio-autonomia-progresiva-codigo-civil-comercial-algunas-reglas-para-su-aplicacion-dacf150461-2015-08-18/123456789-oabc-defg1640-51fcanirtcod>

LASCANO, Carlos J., *Derecho Penal. Parte general*, Córdoba, Advocatus, 2002.

MINYERSKY, Nelly, “Capacidad progresiva de los niños en el marco de la Convención sobre los Derechos del Niño”, en GROSMAN, C. y HERRERA, M. (dirs.), *Hacia una armonización del Derecho de Familia en el Mercosur y Países Asociados*, Buenos Aires, Lexis-Nexis, 2007.

NÚÑEZ, Ricardo C., *Derecho Penal Argentino. Parte general*, Buenos Aires, Bibliográfica Argentina, 1959.

ORTS BERENGUER, Enrique y GONZÁLEZ CUSSAC, José L., *Compendio de Derecho Penal. Parte general*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2^{da} edición, 2010.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl y PIERÁNGELI, José Henrique, *Manual de Direito Penal Brasileiro. Parte geral*, San Pablo, Editora Revista Dos Tribunais, 7^{ma} ed., 2008.

Capítulo 3

Delitos contra la seguridad pública

La conducción peligrosa (art. 193 bis CP)

Gonzalo E. D. Viña*

Introducción

Nos toca examinar las diferentes figuras contenidas en el artículo 193 bis del Código Penal, nacido al calor del debate social por las llamadas “picadas ilegales”. Para ello, en este trabajo recorreremos brevemente la historia del devenir de la norma y su aplicación por los tribunales locales. Veremos también la política criminal que inspiró el tipo penal y los desafíos constitucionales que encarna. Más tarde analizaremos dogmáticamente cada una de las hipótesis delictivas para desentrañar sus límites y alcances.

No quisiera embarcarme en esta empresa sin antes agradecer y congratular a las autoridades del Consejo de la Magistratura de la CABA, especialmente al Presidente de la Comisión de Transferencia del Poder Judicial de la Nación y del Ministerio Público de la Nación a la CABA del Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, el consejero juez Darío Reynoso y su equipo de trabajo, y a la coordinadora general de la Editorial Jusbairens, Dra. Alejandra García, por poner en marcha esta iniciativa.

Generar un espacio de reflexión y debate enfocado en las nuevas competencias jurisdiccionales no sólo contribuye a fortalecer la autonomía local, sino que también, al mismo tiempo, nos ayuda a cuestionar tradiciones doctrinarias y jurisprudenciales para que la transferencia no se convierta en mera repetición de estándares y, por qué no, vicios importados de otras prácticas. Las cavilaciones que aquí vuelco pretenden colaborar con esos altos objetivos.

* Abogado (UBA), Master of Laws (Universidad de San Diego). Docente de grado (por concurso) en el Departamento de Derecho Penal de la Facultad de Derecho de la UBA y en el Instituto Universitario de la Policía Federal Argentina (por designación directa). Fiscal de primera instancia en lo penal, contravencional y de faltas de la CABA.

Las “picadas ilegales” y la transferencia de competencias

Aun antes de formalizarse la transferencia de competencias jurisdiccionales dispuesta por la Ley N° 26702, el artículo 193 bis del Código Penal (CP) ya había protagonizado un conflicto interestadual por las facultades jurisdiccionales de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. El tipo en cuestión fue incorporado al Digesto Punitivo a través de la Ley N° 26362, publicada en el Boletín Oficial el 16 de abril de 2008, pero el Código Contravencional (CC) porteño ya sancionaba las denominadas “picadas ilegales” desde su implementación original, en 1998.¹ Surgió entonces el interrogante: ¿podía la Ciudad de Buenos Aires reivindicar competencia para juzgar los hechos ahora descriptos en el artículo 193 bis del CP?

El fiscal general de la CABA dictó la Resolución FG N° 75/2008,² que instruyó a todos los fiscales a *asumir la competencia del tipo penal previsto en el artículo 193 bis del Código Penal*. Fundamentó su decisión en razones constitucionales, legales y de orden práctico. En primer lugar, señaló que el ejercicio de facultades jurisdiccionales autónomas por la Ciudad estaba reconocido en el artículo 129 de la Constitución Nacional y sólo había sido limitado por la “ley de garantía” a la que se refería el último párrafo de la citada cláusula constitucional. Aquella era la Ley N° 24588, que en su artículo octavo dispone que “la justicia nacional ordinaria de la Ciudad de Buenos Aires mantendrá su actual jurisdicción y competencia continuando a cargo del Poder Judicial de la Nación”. De tal modo, si la ley de garantía estatuyó que la justicia nacional porteña mantiene la *actual* jurisdicción y competencia –esto es, las reconocidas al tiempo de sanción de la norma– y la regla constitu-

1. Código Contravencional, art. 78: “Carreras en la vía pública. Participar, disputar u organizar competencias de destreza o velocidad con vehículos motorizados en la vía pública, violando las normas reglamentarias de tránsito” (Ley N° 10, texto según reforma introducida por Ley N° 42, publicada en el Boletín Oficial de la CABA el 17/07/1998). Cabe aclarar que en su redacción original, los tipos infraccionales contenidos en el CC se limitaban a describir la conducta prohibida, mientras que la sanción debía ser fijada por el juzgador, a resultas del debate y a partir de un catálogo enunciado en la parte general del referido Código (arts. 11 a 26).

2. Boletín Oficial de la CABA N° 2922 del 05/05/2008.

cional que rige la materia es la de la autonomía, pues entonces la competencia atribuida a los órganos nacionales no puede ser ampliada.

En segundo lugar, se destacó que el desarrollo institucional de la CABA había alcanzado la madurez necesaria para asumir las competencias pretendidas: se contaba ya con una justicia local y con un Código Procesal Penal propio. Por último, pero no menos importante, los hechos contenidos en la nueva figura penal ya habían sido objeto de persecución por las autoridades judiciales locales, bajo el título de contravención.³

Las autoridades nacionales respondieron a través del entonces Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos, que dictó la Resolución N° 1633/2008. En ese acto, el Poder Ejecutivo nacional instruyó a las fuerzas de seguridad federales:

A limitar su accionar en los procedimientos que eventualmente se instruyan en orden a la investigación y juzgamiento del delito tipificado en el artículo 193 bis del Código Penal, a lo ordenado por la Justicia Nacional ordinaria en lo penal de la Capital Federal, por cuanto en ella recaen la jurisdicción y competencia en la materia.⁴

De este modo, se trabó un conflicto de competencia *sui generis*. Una autoridad política se alzó contra la decisión de una autoridad judicial y pretendió así resolver una controversia que –eventualmente y sólo cuando se registrara en un caso concreto– estaba reservada al conocimiento de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Decreto-Ley N° 1285/58, artículo 24, inciso 7). De hecho, al proceder así, se arrogó

3. En rigor de verdad, estos argumentos distan de ser originales y reconocen su fuente directa en un pronunciamiento del Tribunal Superior de Justicia (TSJ) de la CABA, en el caso “Abriata, Alberto Luis s/inf. art. 89 CC s/denuncia”, sentencia del 14/09/2007. En el caso se debatía la competencia de la justicia de la Ciudad para juzgar un ilícito electoral (art. 136 Código Nacional Electoral) cometido en la víspera de comicios porteños. Para declarar la competencia local, el Tribunal razonó que no había obstáculo legal, pues la regla de la Ley N° 24588, art. 8, sólo garantizaba a la justicia nacional la competencia que le había sido atribuida hasta la fecha de sanción de esa norma y no más que eso; consecuentemente, el delito electoral que hasta entonces había recaído en la justicia *federal* especializada en la materia, bien podía ser asumido por la justicia local sin menoscabar en un ápice la competencia *nacional*. Por otra parte, los obstáculos de índole material, como la inexistencia de una jurisdicción penal de la Ciudad debidamente conformada, ya habían desaparecido, pues se había constituido regularmente el Fuero Contravencional y de Faltas (cfr. considerandos 4-7 del voto mayoritario).

4. BO N° 31438 del 02/07/2008.

facultades jurisdiccionales expresamente vedadas al Departamento Ejecutivo (art. 109 CN).⁵

Está claro que la controversia estaba cruzada por intereses políticos y, justamente por eso, la decisión del Poder Ejecutivo nacional se advertía dirigida a obstaculizar la autonomía reconocida constitucionalmente a la Ciudad, antes que a promover la aplicación de la ley.⁶ A pesar de esta evidencia, se ha dicho que la resolución del fiscal general de la CABA constituía “un acto intempestivo y cuestionable, autocalificarse de idóneos como para tomar para sí la totalidad de las competencias penales introducidas de ahora en más” no era admisible, por lo que correspondía reivindicar las facultades de la justicia nacional.⁷

Previsiblemente, la cuestión relativa a la competencia de la justicia porteña y la recta interpretación de la Ley N° 24588 frente a los deli-

5. En sentido análogo, aunque sin referir a la prohibición constitucional, ver Pasquier, Juan Santiago, “Nuevos conflictos entre Nación y Ciudad por la Autonomía Porteña”, *La Ley, Suplemento Actualidad*, 21/08/2008, p. 1. Disponible en *LL online* (referencia: AR/DOC/2126/2008).

6. Gil Lavedra, Ricardo, La relegada autonomía de la Ciudad de Buenos Aires. ¿Qué hacer con la policía de seguridad?, *LLCABA*, 2008 (agosto), p. 8. Disponible en *LL online* (referencia: AR/DOC/1886/2008).

7. Fillia, Leonardo César y Náger, Horacio Santiago, “Transferencia de competencias penales a la Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Delitos contra la seguridad del tránsito”, *LLCABA*, diciembre de 2008, p. 299. Disponible en *LL online* (referencia: AR/DOC/3236/2008). Como se ve, los autores señalan que no podía presumirse la idoneidad de las estructuras judiciales porteñas para asumir la competencia y, en cambio, sí debía presumirse la idoneidad de la justicia nacional. Sobre este argumento, me permito aquí una breve referencia. Me tocó intervenir en el caso de una picada ilegal protagonizada por dos conductores que atravesaron buena parte de la ciudad y llegaron a circular a gran velocidad por la céntrica Av. 9 de Julio. El hecho sucedió la madrugada del 23 de abril de 2018 y se hizo público por un video difundido en los medios de comunicación el sábado 29 de abril de ese año que causó gran conmoción. Ese mismo día, el Ministerio Público Fiscal inició una investigación de oficio. Luego de una ardua tarea para descubrir la identidad de los conductores y de varios allanamientos, el 9 de mayo, uno de los imputados declaró y confesó su autoría. El 15 de mayo se sometió un juicio abreviado y el 17 de mayo, el otro coimputado, también aceptó su responsabilidad. En medio de este proceso, el 12 de mayo se recibió en el Ministerio Público Fiscal un llamado proveniente de una Fiscalía nacional. A raíz de los videos difundidos el sábado 29 de abril, un ciudadano había logrado formular una denuncia ante los estrados nacionales el martes 2 de mayo (el lunes 1 de mayo era feriado) y diez días después, la Fiscalía nacional había recibido el expediente para formular su requerimiento de instrucción (art. 180 CPPN). El derrotero que siguió el caso ante una y ante otra instancia judicial me exime de mayores comentarios.

tos incorporados al Código Penal llegó a conocimiento de las máximas autoridades judiciales, a través de diversos casos. En agosto de 2009, el TSJ de la CABA consagró la doctrina de la competencia local para las nuevas figuras penales en el caso “NN s/inf. art. 00 –presunta comisión de un delito–”. Allí, el Tribunal retomó y amplió la línea que ya había iniciado en “Abriata”⁸ y declaró que correspondía a la justicia de la Ciudad conocer en el hecho cometido en infracción al artículo 13 de la Ley N° 25761 (“desarmado de automotor”), pues:

... por imperio de la regla general según la cual asisten a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, como propias, todas las facultades no delegadas a la Nación en el texto de la CN, ni retenidas o conservadas por el gobierno federal por las excepcionales razones previstas en el art. 129 de la CN, la investigación y juzgamiento de los delitos creados por el Congreso de la Nación con posterioridad a la sanción de la “ley de garantías” incumbe al Poder Judicial de esta Ciudad.⁹

Más tarde, en mayo de 2010, se pronunció el Alto Tribunal Federal *in re* “Zanni”,¹⁰ donde también se discutía la competencia para conocer en el delito de “desarmado de automotor”. Allí, por remisión al dictamen del Procurador General, la Corte dijo que es:

... inadmisibles considerar inserta dentro de la competencia local a cada conducta ilícita que, con posterioridad a la sanción de la ley 24.588, sea catalogada como delito [...], contrariamente, los nuevos tipos penales que, eventualmente, se sancionen en el futuro, a menos que contengan disposiciones expresas, deben ser sometidos a un nuevo convenio de partes y posterior ratificación legislativa, para integrar la jurisdicción local.

Pocos meses después, el TSJ volvió a expedirse sobre este tópico en el caso “Neves Cánepa”.¹¹ Esta vez se discutía si la justicia local podía investigar y juzgar una “picada ilegal” (art. 193 bis CP). El Tribunal se pronunció positivamente. Explicó que no desconocía el criterio volcado por la CSJN en el caso “Zanni”, pero señaló que –tal como lo exige pacífica

8. Ver nota 3.

9. TSJ, “NN s/inf. art. 00 –presunta comisión de un delito–”, sentencia del 27/08/2009, considerando 7 del voto mayoritario.

10. Fallos CSJN: 333:589.

11. TSJ, “Neves Cánepa, Alvaro Gustavo y Orono, Franco Ariel s/infr. art. (s) 193 bis CP”, sentencia del 21 de diciembre de 2010.

jurisprudencia del Alto Tribunal Federal– podía apartarse de ese precedente si se invocaban argumentos no examinados por la Corte; y así lo hizo. El TSJ reafirmó la competencia local y para ello consideró que:

- a. la cláusula transitoria séptima de la CN tuvo por inmediatamente operativo el artículo 129 CN en cuanto a las facultades legislativas, sin que quepa distinguir respecto de las judiciales, por lo que para que un “delito ordinario” quede bajo la jurisdicción nacional, es preciso una ley que declare un “interés federal” comprometido;
- b. de hecho, las leyes de transferencia de competencia son una manera de restringir la declaración original de “interés federal” contenida en la Ley N° 24588;
- c. por ello, si se interpretara que los nuevos delitos quedan abarcados por esa declaración practicada cuando ellos no existían, se estaría derogando el artículo 129 CN “porque significaría avalar que aquel interés federal no estaría en preservar que ciertos delitos continúen bajo la órbita de juzgamiento del Poder Judicial de la Nación, sino que ese interés radicaría lisa y llanamente en no permitir y limitar sine die a la jurisdicción local”;¹²
- d. por otra parte, es cierto que –como lo apuntó el procurador general en el citado caso “Zanni”, la Ley N° 25752 (primer convenio) transfirió a la Ciudad competencia para juzgar delitos definidos por la Ley N° 25086 (portación de arma de fuego de uso civil, suministro de arma de fuego), posterior a la Ley N° 24588, pero no lo es menos que hasta la aprobación de ese primer convenio de transferencia, los hechos contenidos en la citada Ley N° 25086 suscitaban competencia federal, de modo que la existencia de ese convenio nada dice sobre el alcance de la cláusula del “mantenimiento” de la competencia de la justicia nacional.¹³

El debate llegó a su fin con la sanción de la Ley N° 26702, promulgada en octubre de 2011. A través de su artículo 1, la norma transfirió al Poder Judicial de la CABA la competencia para juzgar, entre muchos otros delitos, la figura prevista en el artículo 193 bis CP. Asimismo, por su

12. Esta transcripción textual corresponde al considerando 2 del voto mayoritario del caso “Neves Cánepa” (ver nota 11).

13. Ídem, considerando 2 del voto mayoritario.

artículo 2 le asignó “la competencia para investigar y juzgar los nuevos delitos de competencia penal ordinaria, aplicables en su ámbito territorial, que se establezcan en lo sucesivo en toda ley de la Nación, salvo que expresamente se disponga lo contrario”. La ley aclaró en su artículo 8 que esta transferencia y asignación “se perfeccionar[ía] con la entrada en vigencia de la ley de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires que [la] acepte”. Luego de un proceso de ampliación de sus estructuras judiciales y redefinición de la estructura institucional del Ministerio Público Fiscal, la Ciudad aceptó formalmente la competencia asignada a través de la Ley N° 5935, publicada en su Boletín Oficial el 3 de enero de 2018.

De este modo, a partir del 3 de febrero de 2018, el Poder Judicial porteño quedó legalmente investido de competencia para investigar y juzgar las “picadas ilegales”.¹⁴ Se despejó también en definitiva el interrogante sobre las figuras penales creadas con posterioridad a la Ley N° 24588. Es cierto, sin embargo, que cabría preguntarse por el ámbito de aplicación temporal de la asignación de competencia consagrada en la Ley N° 26702: ¿alcanza a los delitos creados con posterioridad a la sanción de la ley local de aceptación (Ley N° 5935, sancionada en enero de 2018)?; ¿abarca, en cambio, a los delitos creados desde la sanción de la Ley N° 26702 (octubre 2011)?, ¿o debe entenderse vigente para todo delito creado con posterioridad a la sanción de la Ley N° 24588 (noviembre de 1995)? La búsqueda de la respuesta excede el objeto de este trabajo, pero hay razones constitucionales para entender que la hermenéutica correcta es la que entiendo comprendida en la asignación de competencia a *todos* los delitos creados con posterioridad a la Ley N° 24588, pues sólo de este modo se asegura el acabado ejercicio de las amplias facultades de jurisdicción reconocidas a la CABA por la Carta Magna.¹⁵

14. Cfr. Ley N° 5935, art. 3; Res. FG N° 08/2018, art. 1.

15. Ya en “Neves Cánepa”, en *obiter dictum*, el TSJ sostuvo que “no resulta del texto del proyecto [se refiere al proyecto de la que hoy es la Ley N° 26702], ni resultaría razonable así entenderlo, que esa distribución de competencias jurisdiccionales –según expresan los fundamentos, ‘...interpretando a cabalidad la vigencia del art. 129 de la CN’– tenga efectos desde el momento en que esa hipotética norma comenzaría a regir y no desde que la cláusula constitucional mencionada reconoció en forma plena esa función a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires” (cfr. considerando 2 *in fine* del voto mayoritario).

Seguridad vial y Derecho Penal

Desde hace varios años los argentinos vivimos la tragedia cotidiana de la muerte en siniestros viales. De acuerdo con datos oficiales, en 2017 se registraron en todo el país 5420 víctimas fatales (a razón de 15 muertes al día) y 68173 heridos en ocasión de “accidentes de tránsito”.¹⁶ Para la Ciudad de Buenos Aires, las estadísticas son igualmente preocupantes: 241 personas murieron en el período 2015-2016.¹⁷ A los accidentes típicos del riesgo de la circulación se suman situaciones que muchas veces tienen su causa determinante en la temeraria desatención de los deberes de cuidado que incumben a los conductores. En los medios de comunicación y redes sociales se multiplican día tras día las luctuosas escenas de lo que algunos llaman “violencia vial” y con ellas, lógicamente, resuena el reclamo social por más seguridad.

El caso paradigmático en la materia es el protagonizado por Sebastián Cabello. En la madrugada del 30 de agosto de 1999, Cabello circulaba a más de 130 km/h por la Avenida Lugones de la CABA mientras –según se probó en el juicio– disputaba una picada. En su marcha embistió un auto pequeño (Renault 6), que casi inmediatamente se incendió. En su interior murieron carbonizadas Celia Carman y su hija de 3 años de edad. El caso conmocionó a la opinión pública y motivó el pronto tratamiento legislativo de un proyecto ya en trámite.¹⁸ Así, dos meses después de ocurrida la tragedia, se publicó la Ley N° 25189, que reformó el artículo 84 CP, incrementó las penas aplicables a los homicidios ocasionados “por la conducción imprudente, negligente,

16. Dirección Nacional de Observatorio Vial, “Anuario Estadístico de siniestralidad vial Año 2017”, junio de 2018, Versión 1. Disponible en: https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/informe_estadistico_2017_preliminar.pdf [Fecha de consulta: 31/10/2018].

17. Observatorio de seguridad vial de la Ciudad de Buenos Aires, “Participación del alcohol en los siniestros fatales en la Ciudad de Buenos Aires. Años 2015 - 2016”, inédito.

18. En el debate legislativo, el Senador Pardo –miembro informante– señaló: “quiero que se pongan en el lugar del esposo que perdió a su esposa, y del padre que perdió a su hija en un hecho tan aberrante como el del otro día. También destacó la importancia de la labor realizada por la Comisión de Asuntos Penales. Este dictamen tiene larga data y hoy lo tratamos, desgraciadamente, porque ocurrió el luctuoso hecho del atropellamiento por una picada en una avenida de Buenos Aires” (cfr. LL, Antecedentes Parlamentarios, 2000-B-2459; citado por CNCP, Sala III, “Cabello, Sebastián s/recurso de casación”, 02/09/2005. Disponible en: *elDial.com* - referencia: AA2D2C).

inexperta, o antirreglamentaria de un vehículo automotor” y fijó una escala de dos a cinco años de prisión.¹⁹

Hacia fines de 2003, Cabello fue condenado como autor de homicidio simple con dolo eventual a la pena de doce años de prisión. En septiembre de 2005, la Cámara Nacional de Casación Penal, por su Sala III, revocó ese fallo y condenó al imputado como autor de homicidio culposo al máximo de la pena legalmente prevista: tres años de prisión y diez años de inhabilitación para conducir automóviles. La Corte Suprema confirmó este último pronunciamiento cuando rechazó los recursos extraordinarios en noviembre de 2006.²⁰

De este modo, empujada por la alta tasa de muertes en el tránsito vial, la resolución final del caso “Cabello” y la activa militancia de grupos de interés, en marzo de 2008 se sancionó la Ley N° 26362, que modificó el Código Penal para castigar con penas de prisión e inhabilitación las picadas ilegales. Para esto, la norma introdujo dos cambios. Por un lado, sustituyó la denominación del Capítulo II del Libro VII del Código Penal por la de “Delitos contra la seguridad del tránsito y de los medios de transporte y de comunicación”. Por el otro, incorporó el artículo 193 bis, que en su redacción original reprime al “conductor que creare una situación de peligro para la vida o la integridad física de las personas, mediante la participación en una prueba de velocidad o de destreza con un vehículo automotor, realizada sin la debida autorización de la autoridad competente”. En su segunda cláusula, el tipo también castiga al organizador, promotor y facilitador de “la conducta prevista en el presente artículo”.

Aunque novedosos en el medio local, los llamados “delitos viales” ya eran conocidos en otras legislaciones, que de hecho sirvieron de inspiración al legislador argentino.²¹ Así, el Código Penal alemán, en su sección 315 b, apartado (1), inciso 3, castiga con prisión de hasta cinco años o multa a quien “interfiera peligrosamente en el tráfico vial con actos peligrosos que pongan en riesgo la vida o la integridad física de una

19. Ley N° 25189, art. 1, publicada en el BO N° 25189 del 28/10/1999.

20. CSJN, “Cabello, Sebastián s/Rec. de Casación”, C. 4712. XLI. REX, sentencia del 14/11/2006.

21. Benítez, Víctor, “Delitos contra la Seguridad del Tránsito. Art. 193 bis del CP”, en *El Derecho*, 07/07/2008, pp. 20-38.

persona o una propiedad de valor significativo de un tercero”.²² Por su parte, el Código Penal español²³ sanciona en su artículo 380 con penas de hasta dos años de prisión y hasta seis años de inhabilitación para conducir al que “condujere un vehículo a motor o un ciclomotor con temeridad manifiesta y pusiere en concreto peligro la vida o la integridad de las personas” (conducción temeraria). A su tiempo, el artículo 381 reprime con penas de hasta cinco años de prisión, multa y hasta diez años de inhabilitación para conducir a quien “con manifiesto desprecio por la vida de los demás, realizare la conducta descripta en el artículo anterior” (conducción parahomicida).²⁴ En este marco, la incorporación del artículo 193 bis a nuestro Código Penal fue celebrada por un sector de la doctrina como una decisión que atacaba las causas del problema de la siniestralidad vial, en lugar de enfocarse en sus resultados, tal como había sucedido con las reformas previas, que sólo se habían concentrado en agravar las penas para el homicidio culposo (art. 84 CP).²⁵

Sin embargo, la criminalización de las picadas ilegales merece serias objeciones, tanto desde el prisma de la política criminal como desde la técnica legislativa empleada. Como ya se ha dicho, es claro que la sanción de la Ley N° 26362 obedeció a la necesidad de las agencias políticas de calmar el reclamo social, utilizando una vez más la legislación penal como la “salida de emergencia” de las políticas públicas, lo que constituye un verdadero caso de “derecho penal simbólico”.²⁶ Se han dejado de

22. Damonte, Lisandro, “La figura del art. 193 bis del Código Penal: su tratamiento y las principales problemáticas derivadas de su formulación legal”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, N° 2017 VII, LL 2017-B-872. Disponible en: *LL online* (referencia: AR/DOC/843/2017). Versión del texto original oficial del *Strafgesetzbuch §315b* disponible en: https://www.gesetze-im-internet.de/stgb/_315b.html. Versión oficial en inglés disponible en: https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_stgb/englisch_stgb.html

23. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-25444>

24. Damonte, Lisandro, “La figura del art. 193 bis del Código Penal...”, *op. cit.* Tal como lo destaca este autor, el art. 381 “introduce una figura dolosa basada en el concepto de ‘temeridad manifiesta’, entendiéndose aquella como la conducta de total desprecio por las reglas generales de la conducción, con evidente elevación del riesgo en el manejo. Es por esto que el dolo de la figura referida incluirá el conocimiento del agente de las circunstancias peligrosas de su conducción con concreto peligro para las personas y su intención de desatender las reglas básicas de seguridad de la conducción”.

25. Fontán Balestra, Carlos, *Tratado de Derecho Penal. Parte Especial*, Buenos Aires, La Ley, 2013, T. 3, pp. 456-457.

26. En sentido coincidente, Buompadre, Jorge, *Derecho Penal. Parte Especial*, Buenos Aires, Astrea, 3ª ed., 2009, T. 2, p. 500.

lado los principios de *ultima ratio* y mínima intervención, y se ha contribuido en cambio a la fuerza expansiva de la reacción punitiva.²⁷

Desde lo estrictamente técnico, la ley representa cuanto menos un desafío a los principios de legalidad y taxatividad. Las referencias típicas a las “situaciones de peligro” y a las “pruebas de destreza” abren un espacio interpretativo que puede difuminar los límites del ámbito de prohibición.²⁸ Por otra parte, tratándose de un adelantamiento de la punibilidad (al momento previo de peligro para el bien jurídico), no se comprende por qué no se incluyó una cláusula de agravamiento de la sanción para los supuestos en que acaeciera el resultado que se pretende conjurar (muerte o lesiones), tal como sí lo hacen otras figuras del mismo capítulo en el que se inserta esta figura (así, los arts. 191 y 196 CP), para evitar de ese modo incongruencias punitivas. De hecho, la escala penal asignada para este delito es incompatible con la prevista para las lesiones leves. Mientras el peligro para la vida o la integridad física creado mediante una picada ilegal es sancionado con prisión de seis meses a tres años (artículo 193 bis CP), la concreción de ese peligro en una lesión efectiva a la integridad física (artículo 89 CP), es reprimida con prisión de un mes a un año.²⁹ Se trata de un caso más del deletéreo proceso de descodificación que padece la legislación penal.³⁰

Estas deficiencias y vicios de origen no pueden ser desatendidas por los operadores del sistema de justicia criminal y, por el contrario, exigen

27. Cfr. Fillia, Leonardo César y Náger, Horacio Santiago, “Transferencia de competencias penales a la Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires...”, *op. cit.* Los autores caracterizan también la figura del art. 193 bis CP como una forma de “administrativización del Derecho Penal”, aunque esa categoría no parece adecuarse a un tipo como el que examinamos, en el que se exige un resultado de peligro concreto y una autoría directa, y no constituye, por tanto, una mera desobediencia formal.

28. Categóricos sobre la afectación a los principios de legalidad, taxatividad y hasta ofensividad, Buompadre, Jorge, *Derecho Penal. Parte especial*, *op. cit.* y Tenca, Adrián M., “La punibilidad de las pruebas de velocidad (picadas): un error de política criminal”, *Antecedentes Parlamentarios* junio de 2008, p. 531. Disponible en: *LL online* (referencia: AR/DOC/1625/2008). Este último autor lleva su crítica un poco más allá y señala que el tipo analizado “ha hecho punible la tentativa de un delito culposo, lo que desde la teoría del delito es inadmisibles”.

29. Señala este desacierto legislativo Damonte, Lisandro, “La figura del art. 193 bis del Código Penal...”, *op. cit.*

30. Sobre el proceso de descodificación y su impacto constitucional, cfr. el voto erudito del juez Zaffaroni en CSJN, “Estévez, Cristian Andrés o Cristian Daniel s/robo calificado por el uso de armas”, E. 519. XLI., sentencia del 08/06/2010, especialmente los considerandos 16, 20 y ss.

una labor hermenéutica y criterios de actuación de la ley penal que la hagan compatible con el programa constitucional. En particular en el marco de un proceso acusatorio, compete al Ministerio Público Fiscal honrar su misión de defensor de la Constitución (art. 125 CCABA) y observar fielmente su deber de objetividad (art. 5 CPPCABA), para garantizar que la persecución penal de las picadas ilegales se ajuste a los principios de legalidad (certeza), lesividad y reserva de código. En este orden de ideas, el análisis que sigue pretende contribuir a esa empresa y aportar una lectura del artículo 193 bis CP constitucionalmente aceptable.

El bien jurídico

Individualizar el bien jurídico protegido tampoco está exento de dificultades. Al sancionar las picadas ilegales, la Ley N° 26362 también sustituyó la denominación del Capítulo II del Libro VII del Código Penal y agregó la referencia a los “delitos contra la seguridad del tránsito”, en lo que parecería ser un intento del legislador por delimitar el objeto de protección penal. Sin embargo, al mismo tiempo, el artículo 193 bis CP tiene una concreta y específica referencia a “la vida o la integridad física de las personas”. ¿Cuál es entonces el valor que se pretende tutelar?

A mi modo de ver, la respuesta debe buscarse en la interpretación que mejor asegure la coherencia interna del régimen punitivo. Así, no puede perderse de vista que la nueva figura fue integrada en el Título VII del Libro II del Código Penal, reservado a los “delitos contra la seguridad pública”. A nivel doctrinario, y en tanto que bien jurídico, la seguridad pública ha sido definida como “seguridad de los bienes [...], a los bienes en general, a los bienes considerados en común como pertenecientes a un número indeterminado de personas y dotados de distinta naturaleza (vida, salud, hacienda)”.³¹ Pero a su vez, en el concreto ámbito del orden jurídico de la Ciudad de Buenos Aires, “seguridad pública” es un concepto normativo definido como:

... la situación de hecho basada en el derecho en la cual se encuentran resguardadas la libertad, la vida y el patrimonio de los habitantes, sus derechos y garantías y la plena vigencia de las instituciones del sistema

31. Soler, Sebastián, *Derecho Penal Argentino*, Buenos Aires, TEA, 2000, T. IV, pp. 561-562.

representativo, republicano y federal que establecen la Constitución Nacional y la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.³²

Si este es el valor que se quiere resguardar a través de las tipicidades enunciadas en el Título VII, es lógico inferir que el bien jurídico protegido en el artículo 193 bis CP es, en efecto, la seguridad del tránsito automotor,³³ como especie del género seguridad común.³⁴ En concreto, este bien jurídico denota una situación libre de riesgos mayores a los ínsitamente contenidos en el regular tránsito automotor,³⁵ un estado de cosas desprovisto de peligros y daños para la vida, la integridad física y el patrimonio de las personas.³⁶

En contraposición, algún sector de la doctrina sostiene que el verdadero objeto de tutela es la vida y la integridad física.³⁷ De hecho, en el mismo debate legislativo se oyeron voces en ese sentido.³⁸ Más aún, quienes participan de esta postura señalan que la reforma en la denominación del Capítulo II del Título VII del Código Penal –y la consiguiente inclusión de la referencia a los “delitos contra la seguridad del tránsito”– no tiene incidencia en la cuestión y, antes bien, expone

32. Cfr. art. 2 de la Ley N° 5688.

33. Coincidente con el bien jurídico involucrado, aunque sin explicitar razones, Aboso, Gustavo, *Código Penal de la República Argentina, comentado, concordado con jurisprudencia*, Buenos Aires, BdeF, 2014, 2ª ed., p. 1075.

34. Damonte, Lisandro, “La figura del art. 193 bis del Código Penal...”, *op. cit.*

35. Ávila, Juan José, “El art. 193 bis CPen., incorporado por ley 26362”, en *Revista Jurisprudencia*, 2008-III-640. Disponible en: *LL online* (referencia: 0003/014012).

36. En sentido análogo, D’Alessio, Andrés y Divito, Mauro, *Código Penal Comentado y Anotado*, Buenos Aires, La Ley, 2013, T. II, p. 932.

37. Así, Buompadre, Jorge, *Derecho Penal. Parte Especial*, *op. cit.*; Tazza, Alejandro O., “Picadas ilegales. La creación de un delito contra la seguridad del tránsito vehicular”, *LL 2008-C-972*. Disponible en: *LL online* (referencia: AR/DOC/1304/2008); Conti, Néstor J., “Seguridad del tránsito: ¿un nuevo bien jurídico? A propósito de las ‘picadas ilegales’”, *DJ 2008-II-745*. Disponible en: *LL online* (referencia: AR/DOC/1301/2008).

38. Dijo el Senador Petcoff Naidenoff: “¿Qué es lo que queremos proteger? Aparentemente, por lo que se desprende del artículo, es un delito contra la seguridad en el tránsito y los medios de transporte y comunicación. Pero del artículo 193, como lo describió acertadamente el miembro informante de la comisión, se desprende que se reprime con reclusión o prisión de tres meses a seis años al conductor que creare una situación de peligro para la vida o la integridad física de la persona... si queremos tutelar el bien jurídico vida e integridad física de las personas, no podemos incorporar esto en los delitos contra la seguridad en el tránsito sino en el capítulo de los delitos contra la vida y la integridad física de las personas...”, cfr. Cámara de Senadores de la Nación, Diario de Sesiones, 3ª Reunión, 2ª Sesión Ordinaria, 26 de marzo de 2008, p. 64.

una deficiente técnica legislativa; pues mientras los delitos contenidos en ese Capítulo II se caracterizan por describir atentados “contra” los medios de transporte, la ilicitud del artículo 193 bis CP consiste, en cambio, en un delito cometido “con” un medio de transporte.³⁹

Sin embargo, esta lectura de la ley desatiende un aspecto determinante. El peligro exigido por el tipo penal en examen no se refiere a un titular individual, sino a un grupo indeterminado de personas. Esta circunstancia ratifica el carácter colectivo del objeto de protección y reafirma a la seguridad del tránsito automotor como el bien jurídico tutelado.⁴⁰

Análisis de la tipicidad

El texto del artículo 193 bis CP, primero introducido por la ya referida Ley N° 26362, fue luego reformado por la Ley N° 27347,⁴¹ que se limitó a modificar la referencia al medio que debía emplearse para la comisión delictiva: antes “vehículo automotor”, hoy “vehículo con motor”. En definitiva, el tipo penal en vigor reza:

Será reprimido con prisión de seis (6) meses a tres (3) años e inhabilitación especial para conducir por el doble del tiempo de la condena, el conductor que creare una situación de peligro para la vida o la integridad física de las personas, mediante la participación en una prueba de velocidad o de destreza con un vehículo con motor, realizada sin la debida autorización de la autoridad competente.

La misma pena se aplicará a quien organizare o promocionare la conducta prevista en el presente artículo, y a quien posibilitare su realización por un tercero mediante la entrega de un vehículo con motor de su propiedad o confiado a su custodia, sabiendo que será utilizado para ese fin.

Para un mejor orden expositivo, vamos a analizar separadamente cada una de las cláusulas legales. Veremos la *conducción peligrosa*, descrita en el primer párrafo de la norma, y la *contribución a la conducción peligrosa de otra*, consagrada en el segundo párrafo.

39. Tazza, Alejandro O., “Picadas ilegales. La creación de un delito...”, *op. cit.*

40. La cuestión no es baladí; por ejemplo, la opción entre un bien jurídico individual y un bien jurídico colectivo tiene incidencia directa sobre la posibilidad de articular una mediación penal como modo de extinción de la acción (cfme. art. 59, inc. 6 CP; art. 204 CPPCABA).

41. BO N° 2112 del 06/01/2017.

Conducción peligrosa (art. 193 bis, primer párrafo, CP)

¿Peligro concreto o peligro abstracto?

La figura descrita en el primer párrafo del artículo 193 bis CP es un delito de peligro concreto, tal como lo sostiene la doctrina mayoritaria.⁴² No faltan voces que lo caractericen, en cambio, como un delito de peligro abstracto⁴³ y hasta quienes, aun reconociendo que el tipo exige la concreción de un peligro, aducen que sería deseable una reforma legislativa que prescindiera de ese recaudo.⁴⁴

Es cierto, sin embargo, que la intención del legislador fue justamente consagrar un delito de peligro abstracto. En referencia al proyecto de las diputadas Carmona y Spatola, que sirvió de base al que luego fue el texto definitivo de la Ley N° 26362, se señaló en la Cámara de Diputados que “se pretende sancionar sólo aquellos delitos que sean configurativos de un riesgo abstracto al participar en la actividad del tránsito vehicular”.⁴⁵ Más aún, durante el trámite en la Cámara de Senadores, se invocó la supuesta condición de delito de peligro abstracto para objetar el proyecto por entender que habilitaba la sanción de una conducta que no lesionaba en concreto bienes jurídicos y que, de ese modo, se abría la puerta a la futura penalización de meras infracciones formales. Dijo el senador Petcoff Naidenoff que

... [e]n primer lugar, se legisla sobre un delito de peligro abstracto, es decir que no se exige un resultado concreto para la configuración del

42. D'Alessio, Andrés y Divito, Mauro, *Código Penal Comentado y Anotado*, op. cit., p. 933; Tazza, Alejandro O., “Picadas ilegales. La creación de un delito...”, op. cit.; Damonte, Lisandro, “La figura del art. 193 bis del Código Penal...”, op. cit.; Fillia, Leonardo César y Náger, Horacio Santiago, “Transferencia de competencias penales a la Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires...”, op. cit.

43. Beccar Varela, Manuel, “Comentario a la ley 27.347”, ADLA 2017-2-73. Disponible en: *LL online* (referencia: AR/DOC/141/2017).

44. Fontán Balestra, Carlos, *Tratado de Derecho Penal. Parte Especial*, op. cit., p. 459.

45. Dictamen de la Comisión de Legislación Penal de la Cámara de Diputados, Sesiones Ordinarias 2007, OD N° 2481, citado por Fillia, Leonardo y Náger, Horacio Santiago, “Transferencia de competencias penales a la Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires...”, op. cit. En sentido coincidente, Damonte, Lisandro, “La figura del art. 193 bis del Código Penal...”, op. cit.; y Levene, Ricardo (n), “El nuevo artículo 193 bis del Código Penal (Ley 26.362) - el conductor peligroso”, ADLA 2008-E-4749. Disponible en: *LL online* (referencia: AR/DOC/2806/2008).

mismo [...] En segundo lugar, [...] No se trata de un delito sino de una simple contravención [...] Pero no podemos, con absoluta liviandad, dejar las puertas abiertas para introducir tipos penales y que determinadas contravenciones, como en el caso de las “picadas”, pasen a ser delitos. Porque puede ocurrir que de la misma forma que la “picada” pasa a ser delito, siendo una contravención que está legislada en la Ley de Tránsito, en el Código Contravencional de la Ciudad de Buenos Aires y en los códigos contravencionales de las provincias, el día de mañana cruzar un semáforo en rojo o conducir en estado de embriaguez pueden pasar a ser delitos, cuando en realidad son también contravenciones...⁴⁶

No obstante, en contra de lo apuntado por los legisladores, la letra de la ley es muy clara. El tipo sí exige un resultado específico: la concreción de un peligro para la vida o la integridad física de las personas. Si dos personas disputaran una prueba de velocidad a lo largo de cien metros, superando el máximo de velocidad permitido, en horas de la madrugada, en una calle desierta y sin personas en los alrededores, habrán cometido una falta de tránsito, pero no un delito.

La acción típica y los sujetos involucrados

La ubicación sistemática del tipo, las dificultades para precisar el bien jurídico tutelado por la norma y la deficiente técnica legislativa empleada han contribuido a sembrar confusión en la doctrina para definir la conducta típica. Así, calificados expertos sostienen que la acción relevada en el tipo consiste en “participar en una prueba de velocidad o destreza”.⁴⁷ Esta lectura de la ley pareciera estar asentada en el recuerdo de los hechos que detonaron el debate legislativo antes que en la propia norma: si el problema son las picadas ilegales, pues lo prohibido es participar en ellas.

En rigor de verdad, la conducta prohibida consiste en crear una situación de peligro para la vida o la integridad física de las personas.⁴⁸ La

46. Cámara de Senadores de la Nación, Diario de Sesiones, 3ª Reunión, 2ª Sesión Ordinaria, 26 de marzo de 2008, p. 64.

47. Cfr. Ávila, Juan José, “El art. 193 bis CPen., incorporado por ley 26362”, *op. cit.*; Fontán Balestra, Carlos, *Tratado de Derecho Penal. Parte Especial*, *op. cit.*, p. 458; D’Alessio, Andrés y Divito, Mauro, *Código Penal comentado y anotado*, *op. cit.* p. 934.

48. Aboso, Gustavo, *Código Penal de la República Argentina, comentado, concordado con jurisprudencia*, *op. cit.*; Tazza, Alejandro O., “Picadas ilegales. La creación de un delito...”, *op. cit.*; Damonte, Lisandro, “La figura del art. 193 bis del Código Penal...”, *op. cit.*; Sueiro,

participación en la prueba de destreza o velocidad a través de un vehículo con motor no es más que la modalidad comisiva especialmente relevada en la tipicidad.⁴⁹ Esta interpretación la impone la literalidad del tipo legal, pues la primera fuente de interpretación de la ley es su letra;⁵⁰ pero también es consecuencia la estricta aplicación del principio de rango constitucional *pro homine*, ya que la alternativa conduce a una inevitable ampliación del ámbito de prohibición, especialmente en lo relativo a la tentativa. Bastaría la posibilidad de peligro (resultado típico) para considerar tentado el delito, y así dos personas acelerando el motor de sus automóviles detenidos en un cruce podrían ser perseguidos penalmente.

Por otra parte, debe tenerse en cuenta que, para ser penalmente relevante, el peligro creado debe ser idóneo para afectar al bien jurídico comprometido (la seguridad del tránsito automotor). Esto implica que el peligro debe ser real y efectivo; no basta la mera inobservancia de deberes reglamentarios de conducción (incremento formal del riesgo), ni son típicas tampoco las conductas sólo potencialmente peligrosas (realizar maniobras de *drifting* en un playón de estacionamiento desierto). Por ello, la relevancia típica del peligro debe ser evaluada *ex post*.⁵¹

La ley no exige una cualidad especial para ser autor, por lo que sujeto activo del tipo puede ser cualquier persona que en el momento del hecho revista la condición de conductor; es decir, que esté a cargo del manejo *directo* del vehículo.⁵² En tiempos de robotización y vehículos autónomos, no parece de más señalar que el manejo directo puede suceder, incluso, de manera remota, a través de radiofrecuencia, Internet o similar.

Por tratarse de un delito de propia mano, no hay lugar para la autoría mediata.⁵³ El rol del copiloto –cuando estuviere presente– deberá

Carlos Christian y Buscaya, Héctor Osvaldo, “El derecho penal como guardián de la seguridad del tránsito, de los medios de transporte y de comunicación. La proliferación de delitos de peligro como consecuencia de la implementación de una política criminal orientada a un derecho penal de ‘prima’ o ‘sola ratio’”, LL 2008-C-1106.

49. Categórico, Buompadre, Jorge, *Derecho Penal. Parte especial, op. cit.*, p. 501.

50. Fallos CSJN: 312:2078; 321:1434; 326:4515, entre muchísimos otros.

51. Buompadre, Jorge, *Derecho Penal. Parte especial, op. cit.*, pp. 502-503.

52. En el ámbito de la CABA, el Código de Tránsito y Transporte (Ley N° 2148 y sus modificatorias), en su capítulo de definiciones generales, define al conductor como la “persona a cargo del manejo directo de un vehículo durante su circulación en la vía pública”.

53. Buompadre, Jorge, *op. cit.*, p. 502; Aboso, Gustavo, *Código Penal de la República Argentina...*, *op. cit.*, p. 1077.

dirimirse de acuerdo a las reglas generales de la participación.⁵⁴ Eventualmente, para el caso improbable pero no imposible del reparto de tareas conductivas –dirección, aceleración, regulación de cambios del motor, frenado– podría sostenerse una coautoría funcional. Piénsese, a modo de ejemplo, en la prueba de destreza de *drifting*, en la que una persona controla el volante y la pedalera y la otra el freno de mano.

Cabe preguntarse por el rol de quienes participan en una picada ilegal en la que sólo las maniobras de uno de los conductores crean la situación de peligro exigida por la norma. Aun cuando el artículo 193 bis CP castiga también a quien organiza, promociona y facilita la prueba ilícita, no podrá perseguirse como autor a quien tomando parte en ella no crea por sí mismo y con su acción un peligro, dado que no ha tomado parte en la ejecución del hecho típico (art. 45 CP). Podría caberle, en todo caso, una sanción como partícipe.⁵⁵

En cuanto al sujeto pasivo de la acción, la cuestión está debatida en la doctrina. El sector mayoritario sostiene que puede ser víctima de este delito cualquier persona *ajena* a la competencia, por lo que quedan excluidos los copilotos, otros participantes, jueces, espectadores y todo aquel directamente comprometido con ella.⁵⁶ Otros, en cambio, afirman que no cabe distinguir entre participantes y terceros.⁵⁷

A decir verdad, el sujeto pasivo no puede ser otro que el titular del bien jurídico. En ese sentido, dado que el objeto de protección penal es la seguridad del tránsito automotor, fuerza es concluir que el afectado por este delito es la comunidad, representada en el Estado.⁵⁸ Es menester definir, de todos modos, si es penalmente relevante la acción cuando el

54. Tazza, Alejandro O., “Picadas ilegales. La creación de un delito...”, *op. cit.*

55. En contra, Ávila, Juan José, “El art. 193 bis CPen., incorporado por ley 26362”, *op. cit.*, pues considera que la conducta prohibida es participar en la prueba de destreza o velocidad. Señala el autor que “(d)esde el momento en que asintió a participar y ejecutó el primer acto comenzó a realizar el tipo; aunque luego desista incluso voluntariamente [...], ya que para que pueda beneficiarse debe resultar eficaz, esto es, debe evitar que el otro partícipe cree un peligro para la vida o la integridad de las personas”.

56. Cfr. Ávila, Juan José, *op. cit.*; Damonte, Lisandro, *op. cit.*; D’Alessio, Andrés y Divito, Mauro, *op. cit.*, p. 934; Buompadre, Jorge, *op. cit.*, p. 503 (aunque señala que lo relativo a los espectadores plantea “dudas en el ámbito del consentimiento y de la autopuesta en peligro de la víctima”).

57. Así, Aboso, Gustavo, *op. cit.*, p. 1077.

58. En sentido coincidente, Sueiro, Carlos Christian y Buscaya, Héctor Osvaldo, *op. cit.*; Fillia, Leonardo César y Nágler, Horacio Santiago, *op. cit.*

peligro sólo se proyectó sobre la vida o la integridad física de quienes se involucraron con la competencia de forma consciente y voluntaria; típicamente, los espectadores. Más allá de las dificultades probatorias y de las particularidades de cada hecho, que deberán ser tenidas en cuenta, el caso de los espectadores debe ser analizado como un problema de resultado y no de sujeto pasivo.⁵⁹ Si el espectador consintió la acción peligrosa, el resultado producido –esto es, el peligro creado para la integridad física de esa persona– no alcanza a lesionar el bien jurídico.⁶⁰

La prueba de destreza o velocidad

El autor debe crear un peligro *mediante la participación en una prueba de velocidad o de destreza*. No hay una definición normativa para estos conceptos. Una *prueba de velocidad* es aquella que consiste en superar en velocidad a uno o más contrincantes, o romper una marca de tiempo previamente establecida. El circuito o trayecto puede haber sido determinado con anterioridad, aunque no requiere una configuración precisamente definida: dos conductores detenidos en un cruce podrían desafiarse en velocidad desde ese punto y hasta el próximo semáforo, por ejemplo. No se requiere violar los límites de velocidad legalmente establecidos para la vía de que se trate, siempre que se cree el peligro requerido por el tipo (v. gr. mediante maniobras imprudentes, como el adelantamiento antirreglamentario o la circulación en sentido o en vías no habilitadas).⁶¹

La *prueba de destreza* consiste en la exhibición o demostración de especiales habilidades conductivas. Se trata de ejecutar maniobras ordinarias en condiciones de tiempo, modo o lugar desfavorables, o mediante la autolimitación de aptitudes físicas (v. gr. con ojos vendados, utilizando

59. El art. 193 bis CP constituye lo que la doctrina llama un “delito de pura actividad” y, como tal, no exigiría un resultado. Sin embargo, como se ha hecho notar, no hay acción a la que no corresponda una mutación física exterior, por lo que no hay delito sin resultado, sólo delitos en los que el resultado está indeterminado. Cfme. Zaffaroni, Eugenio R.; Alagia, Alejandro y Slokar, Alejandro, *Derecho Penal. Parte general*, Buenos Aires, Ediar, 2ª ed., 2002, p. 829.

60. Zaffaroni, Eugenio R.; Alagia, Alejandro y Slokar, Alejandro, *op. cit.*, pp. 563-564; Cancio Meliá, Manuel, *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho Penal*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2ª ed., 2001, p. 328 y ss.

61. En contra, Aboso, Gustavo, *op. cit.*, p. 1076.

los pies en lugar de las manos). Puede comprender también la realización de maniobras extraordinarias (como el *drifting* o sobrevirajes controlados) o sencillamente impropias (circular a gran velocidad en reversa).

Sean de destreza o velocidad, las pruebas pueden realizarse con un solo participante o con varios participantes que intervienen en forma simultánea o sucesiva. No es, por tanto, un delito de codelincuencia necesaria.⁶² Además, dado que la ley no lo especifica, la prueba puede suceder en la vía pública,⁶³ en un lugar público o privado de acceso público. Así, dos motociclistas que atraviesan los senderos interiores de un parque o plaza a toda velocidad pueden ser perseguidos penalmente. En cambio, quedan fuera de la norma las competencias realizadas en lugares privados, por imposibilidad de afectación al bien jurídico.⁶⁴

Según la reforma introducida por la Ley N° 27347, la prueba debe llevarse a cabo mediante un vehículo con motor. A los fines legales, por *vehículo* debemos entender el medio por el que se transportan personas o cosas, carrozado o no, cuya fuerza impulsora es provista o potenciada por un motor. A su tiempo, *motor* puede definirse como toda máquina destinada a producir movimiento a expensas de otra fuente de energía.⁶⁵

En su redacción original, el artículo 193 bis CP aludía a “vehículo automotor”. Este concepto suscitó gran debate y controversia. Con apoyo en la Ley N° 24449 (art. 5, inciso x) y en el Decreto-Ley N° 6582/58, algunos sostenían que sólo estaban abarcados por el tipo los automóviles.⁶⁶ Contrariamente, se afirmaba que no era necesario acudir a conceptos

62. Así, Fontán Balestra, Carlos, *op. cit.*, p. 459; Buompadre, Jorge, *op. cit.*, p. 504; D'Alessio, Andrés y Divito, Mauro, *op. cit.*, p. 935; Aboso, Gustavo, *op. cit.*, p. 1076; Damonte, Lisandro, *op. cit.* En contra, Ávila, Juan José, *op. cit.*; Berruezo, Rafael, *LL online* (referencia: AR/DOC/5651/2012); Conti, Néstor, *op. cit.* (aunque este último sólo en referencia a las “picadas”).

63. El Código de Tránsito y Transporte de la CABA define a la vía pública como “acera, autopista, semiautopista, callejón, pasaje, calle, avenida, senda, plaza, parque o espacio de cualquier naturaleza afectado al dominio público o a las áreas así declaradas por la autoridad”.

64. En contra, D'Alessio, Andrés y Divito, Mauro, *op. cit.*, p. 936. Aboso, Gustavo, *op. cit.*, p. 1077, sostiene que no es típica la prueba realizada en lugar cerrado, como una pista de maniobras.

65. Cfme. Diccionario de la Real Academia Española, versión electrónica de la edición oficial, actualizada a diciembre de 2017. Disponible en: <http://dle.rae.es/?id=PwbtdE5> [fecha de consulta: 05/11/2018].

66. Cfr. Ávila, Juan José, *op. cit.*; Tazza, Alejandro O., *op. cit.*; Damonte, Lisandro, *op. cit.*; Aboso, Gustavo, *op. cit.*, p. 1076.

extrapenales y que podía interpretarse que el tipo penal se refería cualquier vehículo motorizado de dos o más ruedas.⁶⁷ Otros adujeron que el concepto de automotor debía integrarse también con la Resolución N° 586/88 de la Secretaría de Justicia de la Nación, que extendía el régimen del citado Decreto-Ley N° 6582/58 a los motovehículos.⁶⁸

Por último, no quedaban atrapadas en la tipicidad las pruebas de velocidad o destreza que cuenten con “autorización de la autoridad competente”. La determinación de la competencia de la autoridad para emitir la autorización es materia propia del Derecho Administrativo y por tratarse de actividades sometidas al poder de policía local, corresponde, pues, remitirse a las normas reglamentarias locales.⁶⁹ Si la autorización hubiese sido otorgada por un órgano incompetente, el acto será nulo y carecerá de todo efecto.⁷⁰ Sin embargo, el error sobre la validez del acto, sobre su alcance o sobre su existencia misma afecta el conocimiento exigido por el dolo y arrasa con la tipicidad.⁷¹

Dolo y tentativa

El tipo admite todas las modalidades dolosas. Es razonable pensar que la forma usual será el dolo de segundo grado, pues la finalidad primera de la acción será triunfar en la prueba de que se trate. No puede descartarse el dolo directo y es admisible también el dolo eventual.⁷²

67. Buompadre, Jorge, *op. cit.*, p. 504.

68. Así, Grisetti, Ricardo Alberto, “Los llamados delitos viales. El nuevo art. 84 bis y la denominada ‘culpa temeraria’”, en *Revista Jurídica Argentina La Ley*, 2017-A-1016. Disponible en: *LL online* (referencia: AR/DOC/155/2017); Tazza, Alejandro O., “Homicidio culposo cometido con vehículo automotor”, en *Revista Jurídica Argentina La Ley*, 2017-A-1129. Disponible en *LL online* (referencia: AR/DOC/441/2017), modificando el criterio que había expuesto en el trabajo citado en la nota 65.

69. En el caso de la CABA, y para el supuesto de competencia en la vía pública el Código de Tránsito y Transporte, regula la cuestión en su art. 2.1.10 y dispone que aquellas deberán ser previamente autorizadas por la “Autoridad de Aplicación”, que en la actualidad resulta ser la Secretaría de Transporte, cfme. Decreto N° 498/2008, Boletín Oficial de la CABA N° 2926 del 09/05/2008.

70. Ley de Procedimientos Administrativos de la CABA (Decreto N° 1510/97), art. 14, inc. b.

71. Cfr. D’Alessio, Andrés y Divito, Mauro, *op. cit.*, p. 936; Damonte, Lisandro, *op. cit.*; Conti, Néstor J., *op. cit.*

72. La doctrina es casi unánime en este punto. Véase D’Alessio, Andrés y Divito, Mauro, *op. cit.*, p. 937; Aboso, Gustavo, *op. cit.*, p. 1077; Fillia, Leonardo César y Náger, Horacio Santiago, *op. cit.*; Ávila, Juan José, *op. cit.*; Tazza, Alejandro O., “Picadas ilegales. La

La tentativa es formalmente admisible.⁷³ Empero, será de muy difícil acreditación⁷⁴ y más complejo aún será distinguirla de actos preparatorios impunes. Podría pensarse en el caso de quien comienza la prueba, pero por un desperfecto mecánico debe abandonarla, aunque las circunstancias de hecho deben ser de una particularidad tal que permitan afirmar que sin materializarse un peligro para la integridad física, hubo actos ejecutivos de creación de aquel.

Contribuir a la conducción peligrosa de otro (art. 193 bis, segundo párrafo, CP)

El segundo párrafo del artículo 193 bis CP castiga con la misma pena prevista en el párrafo anterior (hasta tres años de prisión y hasta seis años de inhabilitación especial para conducir) a quien organizar o promocionar “la conducta prevista en el presente artículo”, y a quien “posibilitare su realización por un tercero mediante la entrega de un vehículo con motor de su propiedad o confiado a su custodia, sabiendo que será utilizado para ese fin”. Como se advierte a simple vista, el tipo ha relevado especialmente acciones que son otra cosa que formas particulares de participación.⁷⁵ Sin embargo no ha agotado con ello las formas de colaboración en el injusto ajeno; piénsese en el caso del instigador o en el de quien paga para otro la cápita prevista para ingresar a la prueba de destreza o velocidad.⁷⁶

Debido a la técnica legislativa empleada, se han generado dudas referidas al alcance de la prohibición. Un sector doctrinario entiende que lo prohibido es la organización o promoción de una prueba de velocidad o destreza. Si bien –se dice– la norma alude a “la conducta prevista en el presente artículo”, la expresión no es correcta porque esa conducta es “crear una situación de peligro para la vida o la integridad física de las personas” y “no parece imaginable la organización o promoción de una

creación de un delito contra la seguridad del tránsito vehicular”, *op. cit.* Rechazan la posibilidad de dolo eventual, Buompadre, Jorge, *op. cit.*, p. 505; Damonte, Lisandro, *op. cit.*

73. Fontán Balestra, Carlos, *op. cit.*, p. 459; Aboso, Gustavo, *op. cit.*, p. 1078.

74. Buompadre, Jorge, *op. cit.*, p. 505; D’Alessio, Andrés y Divito, Mauro, *op. cit.*, p. 937.

75. Cfr. D’Alessio, Andrés y Divito, Mauro, *op. cit.*, p. 941; Ávila, Juan José, *op. cit.*; Damonte, Lisandro, *op. cit.*

76. Fontán Balestra, Carlos, *op. cit.*, p. 459.

prueba de velocidad o de destreza con un automotor ‘para’ poner en peligro la integridad de bienes jurídicos fundamentales.⁷⁷

En esta línea, entonces, el tipo sancionaría un delito de peligro abstracto, pues el injusto se configuraría con la mera organización o promoción de la competencia, sin importar si esta tiene lugar o no.⁷⁸

Sin embargo, una interpretación respetuosa de los límites de la punición fijados por la literalidad de la ley y el principio constitucional de lesividad compele a concluir que no hay delito si la prueba de velocidad o de destreza no se llevó a cabo efectivamente. Sin la creación de una situación de peligro para la vida o la integridad física de las personas a través de la competición, la conducta permanecerá impune.⁷⁹

Es menester señalar, de todos modos, que la condena del autor del delito previsto en el primer párrafo de la norma no es condición necesaria para la persecución de las acciones descritas en el segundo párrafo. Ello es así por dos razones. En primer lugar, porque al tratarse de formas de participación especialmente relevadas en el tipo (organizar, promocionar, posibilitar), ellas han sido “liberadas” por el legislador de su accesoriadad con el injusto ajeno. En segundo lugar, porque la ley hace referencia exclusivamente a *la conducta* prevista en el artículo. Consecuentemente, el delito puede ser castigado aunque los participantes de la “picada” nunca hubiesen sido identificados o resultaren inculpables por ser menores de edad.⁸⁰ Veamos, entonces, cuál es el alcance de las conductas prohibidas.

Organizar puede definirse como “establecer o reformar algo para lograr un fin, coordinando las personas y los medios adecuados”.⁸¹ Así, la

77. Buompadre, Jorge, *op. cit.*, p. 506.

78. Ídem; coincide Benítez, Víctor, *op. cit.*

79. Es interesante hacer notar que coinciden en esta lectura de la tipicidad tanto quienes sostienen que la conducta prohibida en el primer párrafo del art. 193 bis CP consiste en *participar en la prueba de velocidad o destreza*, como quienes afirman que la acción allí prohibida es *crear una situación de peligro* mediante esa participación. Véase, para el primer caso, D'Alessio, Andrés y Divito, Mauro, *op. cit.*, p. 944; se enrolan en la segunda alternativa, Tazza, Alejandro O., “Picadas ilegales. La creación de un delito contra la seguridad del tránsito vehicular”, *op. cit.*; Sueiro, Carlos Christian y Buscaya, Héctor Osvaldo, *op. cit.*

80. D'Alessio, Andrés y Divito, Mauro, *op. cit.*, p. 945.

81. Cfme. Diccionario de la Real Academia Española, versión electrónica de la edición oficial, actualizada a diciembre de 2017. Disponible en: <http://dle.rae.es/?id=RBn9hqd> [fecha de consulta: 05/11/2018]. Propone una definición harto similar Fontán Balestra, Carlos, *op. cit.*, p. 460.

conducta consiste en ocuparse de los aprestos para la realización de la prueba⁸² o, más abarcativamente, disponer las personas, medios e instrumentos y fijar las reglas para que la competencia se lleve a cabo.⁸³ Para que se configure el delito, es necesario que la labor del organizador haya sido reconocida como tal, es decir, que las pautas fijadas y los medios empleados hayan sido observados y empleados por los participantes. De otro modo, la labor desplegada no pasaría de los actos preparatorios impunes.⁸⁴ Por último, por las razones ya explicitadas, el dolo del autor debe abarcar –al menos a título eventual– no sólo la realización de la prueba, sino también la creación de la situación de peligro.⁸⁵

Promocionar ha sido equiparado con publicitar.⁸⁶ Se trata de dar a conocer o difundir,⁸⁷ es decir, divulgar la fecha, lugar, condiciones y demás características de la prueba o convocar a participar en o asistir a ella. No es necesario que el mensaje esté dirigido al público en general, basta con que alcance a un conjunto de personas.⁸⁸ No se requiere una especial sofisticación en los medios “promocionales” empleados,⁸⁹ por lo que bastará con los mensajes publicados a través de redes sociales –aunque se trate de grupos que requieran suscripción o admisión previa– o mediante grupos o canales de chat. Es dudoso el caso de quien promociona lo que ya ha sido conocido o previamente divulgado. La ley no excluye la concurrencia de personas, por lo que no puede descartarse de plano la tipicidad. El aspecto dirimente deberá ser, en todo caso, la ofensividad de la conducta desplegada.

82. Buompadre, Jorge, *op. cit.*, p. 506; D'Alessio, Andrés y Divito, Mauro, *op. cit.*, p. 942.

83. Ávila, Juan José, *op. cit.*; Tazza, Alejandro O., “Picadas ilegales. La creación de un delito contra la seguridad del tránsito vehicular”, *op. cit.*

84. D'Alessio, Andrés y Divito, Mauro, *op. cit.*, p. 942; Ávila, Juan José, *op. cit.*

85. D'Alessio, Andrés y Divito, Mauro, *op. cit.*, p. 944; Tazza, Alejandro O., “Picadas ilegales. La creación de un delito contra la seguridad del tránsito vehicular”, *op. cit.*

86. Fillia, Leonardo César y Náger, Horacio Santiago, *op. cit.*; Tazza, Alejandro O., “Picadas ilegales. La creación de un delito contra la seguridad del tránsito vehicular”, *op. cit.*; Fontán Balestra, Carlos, *op. cit.*, p. 460.

87. D'Alessio, Andrés y Divito, Mauro, *op. cit.*, p. 946; Ávila, Juan José, *op. cit.*; Buompadre, Jorge, *op. cit.*, p. 506.

88. D'Alessio, Andrés y Divito, Mauro, *op. cit.*, p. 946; Ávila, Juan José, *op. cit.*

89. D'Alessio, Andrés y Divito, Mauro, *op. cit.*, p. 947.

Posibilitar implica hacer posible la realización de la prueba de velocidad o destreza mediante la entrega de un vehículo con motor.⁹⁰ La ley exige que el vehículo aportado sea propio o confiado a la custodia de quien lo entregó, eso supone que el autor debe ser propietario, poseedor de buena fe, servidor de la posesión o tenedor⁹¹ del medio de transporte. De tal suerte, la entrega de un automóvil robado para participar en la prueba es atípica,⁹² aunque deberá ser examinada bajo las reglas generales de la participación.

A nivel subjetivo, esta última figura sólo puede ser cometida con dolo directo, pues la ley claramente indica que el autor debe entregar el vehículo “sabiendo que será utilizado” para participar en una prueba de destreza o velocidad que creará una situación de peligro.⁹³ Como ya se dijo, la organización y la promoción sí admiten el dolo eventual.⁹⁴

Relación con otras formas delictivas, contravencionales e infraccionales

La figura contenida en el primer párrafo del artículo 193 bis CP puede presentar problemas de concurrencia, tanto a nivel penal cuanto a nivel contravencional e infraccional. Veamos.

Concurrencia en el Código Penal

El peligro creado en la prueba de destreza o de velocidad puede materializarse en resultados lesivos para la vida (art. 79 CP), para la integridad física (arts. 89-91, 84 bis y 94 bis CP) y para el patrimonio (arts. 183 y 184, incs. 1 y 5 CP). No es posible determinar *a priori* y con prescindencia

90. Fillia, Leonardo César y Náger, Horacio Santiago, *op. cit.*; Tazza, Alejandro O., “Picadas ilegales. La creación de un delito contra la seguridad del tránsito vehicular”, *op. cit.*; D’Alessio, Andrés y Divito, Mauro, *op. cit.*, p. 948.

91. Cfme. Código Civil y Comercial de la Nación, arts. 1895, 1910 y 1911 y ccdtes.

92. D’Alessio, Andrés y Divito, Mauro, *op. cit.*, p. 949; Buompadre, Jorge, *op. cit.*, p. 507; Ávila, Juan José, *op. cit.*

93. D’Alessio, Andrés y Divito, Mauro, *op. cit.*, p. 948; Buompadre, Jorge, *op. cit.*, p. 508; Fontán Balestra, Carlos, *op. cit.*, p. 460.

94. En contra, Buompadre, Jorge, *op. cit.*, p. 508, que señala al dolo directo como única forma admisible para las figuras del segundo párrafo del artículo 193 bis CP.

de las particulares circunstancias de hecho de cada caso el carácter doloso o culposo del resultado. Dicho de otro modo, no puede descartarse dogmáticamente el dolo eventual en las afectaciones a bienes jurídicos individuales que sobrevengan en el marco de la competencia ilícita. Por esa razón, es conveniente analizar las hipótesis posibles separadamente.

Cuando lo afectado sea el patrimonio, a través de un daño, sólo habrá imputación concurrente si el resultado puede atribuirse a título de dolo directo, de segundo grado o eventual. A modo de ejemplo, podría suceder que parte de la prueba de destreza consista en derribar señales de tránsito sin perder el control del vehículo (art.184, inc. 5 CP); o bien podría pensarse en el caso en que, descubiertos por la autoridad en medio de la competencia, los participantes embistieran los móviles policiales para evitar ser detenidos (art. 184, inc. 1 CP). En esos supuestos y en cualquier otro en el que pueda atribuirse el daño simple o agravado, los hechos concurrirán con la infracción al artículo 193 bis, primer párrafo, CP en forma ideal o real, *según se desprenda del plan concreto de autor*. En el primero de los ejemplos, el resultado está abarcado por el plan final y, por eso, se ha desplegado una única acción que puede subsumirse en más de un tipo penal (concurso ideal). En el segundo, en cambio, se trataría de un concurso real.

Los casos más problemáticos son los que involucran resultados que atentan contra la vida o la integridad física. Usualmente, estas muertes o lesiones son consideradas preterintencionales y son directamente relevadas en el tipo penal de peligro con un agravamiento de la pena. Esta política criminal es la que puede apreciarse, incluso, en los artículos 190 y 191 del mismo Capítulo II del Título VII del Código Penal, que integra el artículo 193 bis. Sin embargo, por motivos que se desconocen, el legislador prefirió apartarse de esta política criminal en el caso de las picadas ilegales. Eso nos pone en la necesidad de discernir la relación concursal en cada caso.

Para comenzar, debemos reiterar que no hay razones dogmáticas para descartar de plano el dolo, en particular el dolo eventual, en los homicidios y lesiones que sobrevengan a la prueba de destreza o de velocidad. La Ley N° 27347 introdujo al Código Penal los artículos 84 bis y 94 bis, que sancionan con penas agravadas el homicidio y las lesiones culposas ocasionadas por la conducción imprudente, negligente o antirreglamentaria de un vehículo con motor, si se dan las circunstancias previstas en el

artículo 193 bis CP. Aunque algunos creyeron ver en esta nueva legislación un cierre al debate doctrinario sobre culpa consciente y dolo eventual, entiendo que eso no es correcto por dos órdenes de razones. En primer lugar, porque ausente una cláusula expresa que elimine el dolo eventual, deben primar las circunstancias fácticas y el plan concreto de autor para definir el aspecto subjetivo del tipo. En segundo lugar, porque la interpretación propuesta es irrazonable, no sólo a la luz del debate legislativo en el que no hubo consenso sobre la cuestión, sino porque importaría crear una categoría dogmática sólo reservada para los homicidios y lesiones acaecidos en el ámbito del tránsito automotor.⁹⁵

Así las cosas, cuando se afirme que el homicidio o las lesiones deben ser imputados a título de dolo, habrá un concurso aparente con la figura del artículo 193 bis CP por tratarse de un claro caso de subsunción o encerramiento material de la prohibición.⁹⁶ Esta posición no es pacífica, puesto que hay quienes entienden que siempre habrá un concurso real, dado que de otro modo el atentado a la seguridad pública encarnado en la picada ilegal quedaría sin pena.⁹⁷ Se ha dicho, también, que habría un concurso ideal.⁹⁸

Si en cambio se tratara de un homicidio o lesiones culposas, un sector de la doctrina sostiene que habría un concurso ideal.⁹⁹ Otros, en cambio, se inclinan por el concurso aparente.¹⁰⁰ Entiendo que deben considerarse en el análisis la diversidad de bienes jurídicos afectados y las concretas circunstancias de hecho. Así pues, si en una misma prue-

95. Cfr. Cámara de Apelaciones de San Isidro, “Nuñez Aboy, Tomás s/incidente de apelación –eximición de prisión–”, sentencia del 13/02/2017. Disponible en [http://www.scba.gov.ar/includes/descarga.asp?id=36405&n=Ver%20sentencia%20\(causa%20N%Bo%2080.742\).pdf](http://www.scba.gov.ar/includes/descarga.asp?id=36405&n=Ver%20sentencia%20(causa%20N%Bo%2080.742).pdf) [fecha de consulta: 07/11/2018]. En su voto, el juez Pitlevnik rescata menciones hechas durante el debate legislativo y se expone sobre la razonabilidad de la interpretación propuesta en el sentido indicado en este texto.

96. Zaffaroni, Eugenio R.; Alagia, Alejandro y Slokar, Alejandro, *op. cit.*, p. 869.

97. Así, Ávila, Juan José, *op. cit.*

98. Cfr. Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires, Sala III, “Colaneri, Cristian Ariel s/Recurso de Casación”, sentencia del 14/07/2016, citado por Carnevale, Carlos A. en “Actualidad en Derecho Penal”, *LLBA* noviembre de 2016, 589. Disponible en: *LL online* (referencia: AR/DOC/2983/2010).

99. Cfr. Fontán Balestra, Carlos, *op. cit.*, p. 459. Debe tenerse en cuenta que la opinión del autor es previa a la sanción de la Ley N° 27347.

100. Así, D'Alessio, Andrés y Divito, Mauro, *op. cit.*, p. 940, quienes sostienen esta posición también para el caso de los resultados dolosos.

ba de velocidad o de destreza el autor hubiese creado más de una situación de peligro para la vida o la integridad física de terceros y sólo uno de ellos se hubiese materializado en una muerte o lesión, estaríamos frente a un concurso ideal.

Concurrencia con el Código Contravencional y el Régimen de Faltas

El artículo 115 del Código Contravencional de la CABA reprime a quien “participa, disputa u organiza competencias de destreza o velocidad con vehículos motorizados en la vía pública, violando las normas reglamentarias de tránsito”. En una primera lectura, podría pensarse que la norma capta a todos los casos en los que tuvo lugar una picada ilegal, sin importar si se creó un peligro o no (contravención de peligro abstracto). Sin embargo, por imposición del mandato de lesividad contenido en el artículo 1 del CC, debemos descartar esa interpretación: estamos frente a una contravención de peligro concreto.¹⁰¹

Las acciones prohibidas se solapan indiscutiblemente con las hipótesis del artículo 193 bis CP. La diferencia puede hallarse en que mientras el tipo legal tiene como objeto mediato de protección la vida y la integridad física, la norma contravencional agota su fin de protección en la seguridad del tránsito automotor.¹⁰² Así las cosas, en toda prueba de destreza o de velocidad que cree una situación de peligro para la vida o la integridad física de personas habrá un concurso ideal entre el artículo 193 bis CP y el artículo 115 CC. En estos casos, será de aplicación la regla contenida en el artículo 15 CC y la acción penal desplazará a la contravencional.¹⁰³ Subsidiariamente, si la picada ilegal no crea un peligro para las personas, pero sí tuvo entidad suficiente para poner en peligro concreto la seguridad del tránsito automotor, entonces el autor será perseguido como autor de la infracción al artículo 115 CC.

101. Rúa, Gonzalo y Morosi, Guillermo, *Código Contravencional de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Comentado y Anotado*, Buenos Aires, Astrea, 2010, p. 674; Aboso, Gustavo, *Código Contravencional y Procedimiento - Ley 12*, Buenos Aires, Euros, 2016, pp. 432-433.

102. Concuerda con esta lectura, Aboso, Gustavo, *op. cit.*, p. 431.

103. Artículo 15 CC: “No hay concurso ideal entre delito y contravención. El ejercicio de la acción penal desplaza al de la acción contravencional”.

No puede perderse de vista, en este aspecto, que no todo incumplimiento de los reglamentos de tránsito entraña un peligro para ese bien jurídico; será necesario acreditarlo en una concreta afectación.¹⁰⁴ Si la prueba de destreza o de velocidad se traduce en una conducta inocua o no peligrosa materialmente (situación teóricamente posible, pero altamente improbable en el ámbito ciudadano), el o los participantes estarían cometiendo, cuando menos y –por seguro– entre otras, la infracción de conducción peligrosa prevista en el artículo 6.1.31 del Régimen de Faltas (en adelante, RF) (Ley N° 451)¹⁰⁵ y pueden ser sancionados por ello. En cambio, si en la picada ilegal los participantes crearan la situación de peligro para las personas, el delito del artículo 193 bis CP concurrirá idealmente con la infracción del artículo 6.1.31 RF. Sin embargo, la acción penal desplazará la infraccional por tratarse de un mismo sujeto responsable, tal como lo estipula el artículo 9 RF.¹⁰⁶

Jurisprudencia

Fuero: Cámara de Apelación y Garantía en lo Penal, Sala II, San Isidro

Autos: “N. A., T. s/ Incidente de apelación -eximición de prisión-”

Expte.: N° I-80742-2017/II

Fecha: 13-12-2017

San Isidro, 13 de febrero de 2017.

AUTOS Y VISTOS:

Para resolver el recurso de apelación interpuesto a fs. 23/26 y vta. contra el auto de fs. 14/17 y vta., de la presente incidencia.

104. Aboso, Gustavo, *op. cit.*, p. 433.

105. Art. 6.1.31: “El/la conductor/a de un vehículo que circule sin respetar los carriles o que no advierta con luces, o manualmente, la realización de una maniobra, o que su conducta sea temeraria, maliciosa o imprudente, es sancionado/a con multa de ciento cincuenta (150) unidades fijas”.

106. Art. 9 RF: “La promoción de la investigación de un delito no exime de la responsabilidad que por la falta incumbe a otra persona física o jurídica”.

Y CONSIDERANDO:

I. Antecedentes y agravios

Viene la presente causa a conocimiento de esta Alzada en virtud del recurso de apelación interpuesto por el Sr. Defensor particular de T. N. A. a fs. 23/26 y vta., contra el auto obrante a fs. 14/17 y vta. de la presente incidencia, mediante la cual el Sr. Juez titular del Juzgado de Garantías N° 4 Departamental resolvió denegar la eximición de prisión del nombrado T. N. A.

En su escrito, el recurrente se quejó de que se calificara el hecho como un delito doloso.

Refirió, a su vez, que el *a quo* efectuó dicha imputación mediante una tácita remisión a otra decisión que no le fue notificada a la defensa, lo que viola el derecho de defensa en juicio.

Destacó que, a su criterio, el Juez Garante renunció a su potestad constitucional de decidir al someterse incondicionalmente a la imputación formulada por la Fiscalía.

Con relación a su disconformidad con la calificación legal, argumentó que el Sr. Magistrado de grado ha desconocido la sanción de la ley 27.347, que incluyó como agravantes del homicidio y las lesiones culposas el elenco de circunstancias que los partidarios del dolo eventual (sic) usualmente esgrimían como argumento para justificar la analogía y subsumir estos casos en el artículo 79 del CP.

Por otro lado, se agravó en lo relativo a la medida de coerción. A su entender, la resolución recurrida no se fundamenta en un examen del riesgo procesal. Refirió que no existe tal riesgo, ya que no hay peligro de fuga ni de entorpecimiento de la investigación. Destacó que el encausado tiene arraigo, un domicilio donde vive con su familia, tiene trabajo, mantiene una relación sentimental de pareja hace varios años y se ha presentado cada vez que fue requerido.

Argumentó que la tipificación asignada al hecho no puede ser tomada como un indicador de peligro de fuga toda vez que se trata de una calificación, –además de errónea–, provisional y no puede tener el efecto de obturar la libertad. Entendió que importa la imposición de una pena anticipada.

Hizo referencia a que tampoco existe riesgo de entorpecimiento de la investigación, y que de hecho no ha sido invocado en la decisión recurrida.

Destacó, asimismo, que su asistido se encuentra dispuesto a aceptar las condiciones especiales que se le impongan a fin de garantizar su permanencia a derecho a lo largo del proceso, haciendo especial referencia a la posibilidad de la inhabilitación para la conducción de automotores, así como afrontar las cauciones que se estimen necesarias.

Finalmente, hizo reserva de recurrir en casación y de caso federal.

Cuestiones

El Tribunal dispuso que corresponde plantear y votar las siguientes cuestiones:

PRIMERA: ¿Corresponde hacer lugar a la audiencia solicitada por el recurrente?

SEGUNDA: ¿Es admisible el recurso interpuesto?

TERCERA: ¿Que pronunciamiento corresponde dictar?

A la primera cuestión el Sr. Juez Pitlevnik dijo:

En su escrito impugnativo, el letrado Defensor del imputado solicitó informar oralmente ante esta Alzada.

En virtud de ello, habida cuenta de lo que menciona la Defensa en torno a las posibilidades de contradecir los fundamentos de la decisión que remiten a la orden de detención, entiendo que corresponde designar audiencia en los términos del artículo 442, segundo párrafo, del CPP. Así lo voto.

A la primera cuestión el Sr. Juez Stepaniuc dijo:

La audiencia solicitada por el letrado Defensor del imputado en el escrito mediante el cual interpuso su impugnación debe ser rechazada.

El peticionante fundó tal solicitud en el escaso término para presentar la impugnación. Estimo que ese argumento, carece de fundamentación suficiente pues el plazo se encuentra previsto, expresamente, en el código ritual (art. 188 del CPP.). Además, no advierto que ese lapso para apelar, exiguo en palabras del recurrente, lo haya impedido de brindar los motivos por los cuales cuestionó la decisión del Juez de grado. Nótese que en su escrito recursivo, brindó de manera

extensa y sólida, las razones por las cuales cuestionaba la calificación legal atribuida y la medida de coerción dictada; ítems sobre los cuales cimenta su necesidad de celebrar la audiencia oral para fundamentar.

En consecuencia, a la cuestión planteada voto por la negativa (art. 442 “a contrario”).

Así lo voto.

A la primera cuestión el Sr. Juez Cayuela dijo:

Adhiero al voto de mi colega preopinante Dr. Stepaniuc por sus mismos motivos y fundamentos.

Así lo voto.

A la segunda cuestión el Sr. Juez Pitlevnik dijo:

El recurso interpuesto por el Sr. Defensor particular del encausado fue presentado dentro del plazo previsto por el artículo 441 del CPP., por quien tenía derecho a hacerlo. Por ello, entiendo que debe ser admitido (arts. 421, 439, 441, 442 y 443 del CPP.), por lo que así habré de proponerlo al acuerdo.

Así lo voto.

A la segunda cuestión el Sr. Juez Stepaniuc dijo:

Adhiero al voto de mi colega preopinante, Dr. Pitlevnik, por sus mismos motivos y fundamentos.

Así lo voto.

A la segunda cuestión el Sr. Juez Cayuela dijo:

Adhiero al voto de mi colega preopinante, Dr. Pitlevnik, por sus mismos motivos y fundamentos.

Así lo voto.

A la tercera cuestión el Sr. Juez Pitlevnik dijo:

1. En la resolución recurrida, se consignó que a T. N. A. se le imputa el hecho que a continuación se transcribe: *“En la madrugada del día 20 de enero de 2017, entre las 02.11 y las 02.16 horas, aproximadamente, T. N. A., L. A. P. y N. H. L. decidieron circular a gran velocidad cada uno como conductor, de un vehículo automotor marca Volkswagen Suran dominio ... en el caso de N. A., vehículo automotor marca Toyota Corolla dominio ... en el caso de P. y un vehículo automotor marca Honda Civic dominio ... en el caso de L.,*

sin justificativo de apuro ni urgencia alguna, con aceptación por parte de cada uno de ellos del riesgo creado de por ese accionar, al menos desde Avenida Santa Fe y Unidad Nacional, del partido de San Isidro, lugar en que los imputados comenzaron cada uno a bordo de los rodados mencionados una persecución o carrera a alta velocidad, circunstancia que se mantuvo al menos por cincuenta cuadras, a velocidad antirreglamentaria por exceder el máximo legal permitido que es de 60 km por hora, llegando a una velocidad aproximada de 120 kms/h, inusual, impropia, y extralimitada para la zona y circunstancias, cruzando al menos tres semáforos en rojo, efectuando maniobras abruptas hacia los costados ('en zigzag') para esquivar los vehículos que, a diferencia de los imputados, circulaban a velocidad reglamentaria y respetando las señales de tránsito como semáforos, y los tres con un nivel de alcohol en sangre superior a lo permitido legalmente –N. A. 2.00. P. 1.37 y L. 1.44–, conductas estas que provocaron que N. A. perdiera el efectivo dominio y control de su vehículo automotor, no lograra frenar la marcha ante el semáforo en rojo y embistiera al rodado Chevrolet Agile dominio ... en circunstancias en que se encontraba detenido reglamentariamente sobre la Avenida Maipú sentido hacia Capital Federal, por encontrarse el semáforo en rojo en la intersección de dicha Avenida con Haedo, en la localidad de Florida, Partido de Vicente López, siendo su conductora S. C. y su acompañante R. P., lo que causó la muerte de la primera de las nombradas como así también lesiones en P. que fueron debidamente constatadas en autos y caracterizadas como graves –quien como consecuencia del hecho se encuentra en coma farmacológico en asistencia respiratoria mecánica, presentando contusión pulmonar bilateral, fractura de columna cervical y dorsal–, colisión que materialmente fue producida por el vehículo guiado por N. A., y que se produjo, también, por la participación necesaria de P. y L. quienes como conductores de sus respectivos vehículos automotores perseguían a aquel en las condiciones antirreglamentarias mencionadas, y con su accionar tomaron parte en la ejecución del hecho, aportes sin los cuales el mismo no se habría producido, al menos de la forma descripta; resultados estos que los tres imputados –dada su educación, conocimientos, volición y lucidez –se representaron como posibles consecuencias de su accionar y optaron por realizar tales conductas de correr, resultándoles indiferente el prójimo y los resultados descriptos que previamente despreciaron y asumieron a su cargo, circunstancia que también particularmente puede observarse desde que los tres conductores se dieron a la fuga luego del hecho, N. A. a pie, L. a bordo de su rodado y P. sin pasar por el lugar del

hecho, al advertirlo, también a bordo de su rodado se dio a la fuga dejando el mismo dentro de una garage de las inmediaciones del lugar”.

Dicho evento, el Sr. Juez Garante de intervención lo halló encuadrado legalmente en el delito de homicidio simple y lesiones graves, previstos en los artículos 79 y 90 del CP.

2. El agravio relativo a la disconformidad del recurrente con la calificación legal adoptada, desde mi punto de vista, no puede ser convalidado.

En primer lugar, corresponde señalar que, como lo he sostenido en anteriores pronunciamientos, la calificación legal que ha hecho el Juez Garante es provisoria en base a las circunstancias ventiladas. El artículo 186 del CPP. hace referencia a que la eximición de prisión se resuelve en base a la “estimación” que hace el Juez de Garantías, por lo que la crítica a la calificación provisoria de los hechos investigados, mientras esta última sea razonable, deviene, desde mi punto de vista, prematura.

Dicho esto, no resulta irrazonable respecto de la plataforma fáctica transcrita en el punto anterior, sostener provisoriamente la calificación legal escogida, esto es, homicidio simple (con dolo eventual) y lesiones graves (artículos 79 y 90 del CP.).

El recurrente ha introducido con solidez un agravio relacionado con este extremo que, además, resulta novedoso en función de que pone en juego una reforma del código penal que lleva poco tiempo de vigencia.

Me refiero al relativo a la reciente sanción de la ley 27.347, que incluyó como agravantes del homicidio y las lesiones culposas lo que el recurrente llama “el elenco de circunstancias que los partidarios del dolo eventual usualmente esgrimían como argumento para justificar la analogía y subsumir estos casos en el artículo 79 del CP.”.

El Dr. Silvestroni sostiene que la redacción del artículo 84 bis segundo párrafo que incorporó la ley 27.347 al Código Penal, al agravar el delito imprudente con la configuración de las circunstancias que usualmente se utilizan para dar basamento a una imputación a título de dolo eventual, implica la imposibilidad de tal imputación dolosa por dichas circunstancias.

Para responder al cuestionamiento de la Defensa es necesario analizar el contenido del referido tipo penal. El artículo 2 de la ley 27347 incorpora al Código Penal el artículo 84 bis con la siguiente redacción: *Será reprimido con prisión de dos (2) a cinco (5) años e inhabilitación especial,*

en su caso, por cinco (5) a diez (10) años el que por la conducción imprudente, negligente o antirreglamentaria de un vehículo con motor causare a otro la muerte. La pena será de prisión de tres (3) a seis (6) años, si se diera alguna de las circunstancias previstas en el párrafo anterior y el conductor se diere a la fuga o no intentase socorrer a la víctima siempre y cuando no incurriere en la conducta prevista en el artículo 106, o estuviese bajo los efectos de estupefacientes o con un nivel de alcoholemia igual o superior a quinientos (500) miligramos por litro de sangre en el caso de conductores de transporte público o un (1) gramo por litro de sangre en los demás casos, o estuviese conduciendo en exceso de velocidad de más de treinta (30) kilómetros por encima de la máxima permitida en el lugar del hecho, o si condujese estando inhabilitado para hacerlo por autoridad competente, o violare la señalización del semáforo o las señales de tránsito que indican el sentido de circulación vehicular o cuando se dieran las circunstancias previstas en el artículo 193 bis, o con culpa temeraria, o cuando fueren más de una las víctimas fatales.

La redacción del segundo párrafo del artículo requiere que se configure una de las circunstancias del primer párrafo “**Y**” que el conductor se diere a la fuga, “**O**” no intentase socorrer a la víctima, “**O**” estuviese bajo los efectos de estupefaciente, “**O**” con un nivel de alcoholemia igual o superior a 1 gramo por litro de sangre, “**O**” condujere a exceso de velocidad, etcétera.

Así las cosas, en principio, para que opere la agravante del delito culposo tiene que configurarse la conducción imprudente, negligente o antirreglamentaria de un vehículo automotor que cause la muerte a otro “**y**” alguna de las circunstancias que el segundo párrafo prevé (y que son las que algunos autores utilizan para fundamentar una imputación a título de dolo eventual, en esto coincido con el recurrente). El tipo penal agrava la conducta dentro de la configuración culposa cuando se da una de las variantes previstas (de otra forma, el legislador no hubiere utilizado la disyunción “**o**”, sino la conjunción “**y**”). Más allá de la posible crítica a cierta ambigüedad sintáctica de la norma, lo que es indudable es que en la redacción del segundo párrafo del art. 84 del CP. los supuestos de aumento de riesgo no son acumulativos sino alternativos.

Pero aun suponiendo que la conjunción de algunos de estos supuestos pudiera mantener una conducta homicida en el ámbito de la culpa temeraria, lo que en mi criterio resulta determinante es la cantidad de niveles de alerta que el causante infringió conforme la des-

cripción del hecho imputado. Como bien se sabe, una conducta imprudente importa la asunción de un riesgo que se desencadena en un resultado lesivo. Pero cuando los riesgos asumidos son de tal magnitud que la probabilidad del resultado se acerca a la certeza, es correcto adecuar la conducta al tipo doloso, en la modalidad de dolo eventual. Esto quiere decir que aun cuando el autor diga que no desea el resultado, hay un momento en el que el aumento del peligro ocasionado y conocido por él es tal, que el hecho ya no importa temeridad o asunción desmedida de riesgos, sino más bien la probabilidad rayana a la certeza de que la conducta derivará en un resultado lesivo.

La Defensa señala como prueba de la falta de dolo el hecho de que el causante haya querido frenar antes de la colisión. Ello pudo deberse al temor repentino a perder la propia vida, a un arrepentimiento tardío e inútil (una vez que circulaba a esa velocidad le iba a ser imposible frenar a tiempo), o razones diversas que no necesariamente indican la falta de dolo.

En el caso que nos toca decidir la cuestión es, justamente, cuántas son las reglas de cuidado infringidas por Núñez Aboy y en qué grados, para así determinar si lo sucedido debe ser considerado un delito doloso. En otras palabras, si el nivel de riesgo conscientemente asumido por el imputado permite considerar si se trata de un hecho cometido con dolo eventual o con culpa temeraria.

De lo expuesto puede concluirse, a mi juicio y contrariamente al inteligente argumento de quien recurre, que no habría obstáculo legal para la imputación dolosa cuando se configuran al mismo tiempo varias o todas las circunstancias del segundo párrafo del artículo 84 bis del CP., u otras que permitan concluir el desprecio por el bien jurídico que implica la representación de la alta probabilidad de la concreción del resultado y la continuación de la conducta por parte del autor. En otras palabras, el problema aquí no es que el imputado haya incurrido en alguna de las variables que de por sí llevarían a afirmar que hubo temeridad sino que lo hizo en casi todas ellas y en un contexto en el que, como señalara el juez garante, el riesgo iba en aumento.

En la presente, la imputación que ha descripto el Sr. Juez a quo a instancias del Ministerio Fiscal, incluye casi todas las circunstancias previstas en el artículo 84 bis, segundo párrafo, del CP. Siempre según la imputación, N. A. conducía con un nivel de alcohol en sangre que

duplicaba el máximo previsto por la norma penal, pasó varios semáforos en rojo, a una velocidad de 120 kms/h (es decir que duplicaba el exceso que la ley penal prevé en la agravante culposa). Además el Juez Garante toma en cuenta que a esa velocidad y en esas circunstancias, manejaba en zigzag, avanzaba hacia lugares de mayor densidad de personas y había ingresado en un tramo de su recorrido que estrechaba la cantidad de carriles de circulación. También menciona el Juez que se dio a la fuga luego del hecho.

Agrego a lo dicho que no acompaño la pretensión de parte de la Defensa en cuanto a que la reforma ha puesto fin a la discusión sobre dolo eventual. Cierto es que aquello que puede extraerse de los antecedentes legislativos permitiría suponer que la intención de algunos legisladores podía encaminarse en ese sentido conforme parece surgir de las sesiones del 10 de junio de 2015 (Honorable Cámara de Diputados de la Nación) y 23 de noviembre de 2016 (Honorable Cámara de Senadores de la Nación), de los registros disponibles en la Dirección de Información Parlamentaria de la HCD. Debe recordarse que los proyectos de ley anteriores preveían máximos de penas disimiles (25, 15, 10, 8, 7 años y seis meses). Además, dable es destacar que varios legisladores entendieron también que la inclusión de la culpa temeraria en la reforma resultaba asistemática y no zanjaba la discusión que la Defensa entiende terminada (senadores Pais, Pinedo). De hecho, el diputado Garrido había mencionado que la exclusión del dolo eventual a partir de la inclusión de la culpa temeraria podía resultar evidente en el último anteproyecto de reforma del Código Penal que excluía expresamente al dolo eventual, pero resultaba más difícil de afirmar en este caso cuando se trata de una reforma parcial a dos artículos del Código vigente.

En ese orden de ideas cabe destacar que, de hecho, el darse a la fuga o no intentar socorrer a la víctima son conductas posteriores a la circulación poco imprudente y, por ende, son ajenas a la discusión entre dolo y culpa en la conducción del vehículo. Ello permite pensar que la reforma no termina dirimiendo una cuestión relativa a la definición de dolo sino que intenta proyectarse sobre un tramo de conductas dañosas que resultan socialmente relevantes en función de las víctimas anuales por hechos de tránsito.

Por último, también cabe señalar que es irrazonable sostener que el legislador haya excluido el dolo eventual en el homicidio y las lesiones,

solo para el caso del tráfico automotor. En primer lugar porque crearía una categoría dogmática solamente para los hechos de lesiones y homicidio cometidos en el tránsito. Además porque nada habilita a pensar que tácitamente el congreso ha abolido el dolo eventual de todos los demás delitos del código. Y en tercer lugar porque si no lo hizo, la reforma habría tenido un efecto –en parte– contrario a lo que sus impulsores pregonaban: que solo para los casos de homicidios con dolo eventual en el tránsito la pena sería mucho más baja que la de cualquier otro homicidio con dolo eventual (o la de cualquier otro delito cometido con dolo eventual que no incluyera supuestos de culpa temeraria).

3. Tampoco puedo coincidir con los agravios relativos a la supuesta carencia de fundamento para la imputación de un delito doloso pues en el expediente, el Juez ha remitido expresamente a una orden de detención dictada el mismo día, en donde desarrolla con extensión y profundidad las razones por las que entiende acreditado “*prima facie*” que N. A. mató a S. C. y lesionó gravemente a R. P. con dolo eventual.

Cierto es que dicha orden de detención del mismo 26 de enero de 2017, no fue notificada inmediatamente después de ser dictada (se trata de una disposición irrecurrible según surge de los artículos 151 y 164 del CPP.), pero el Juez ordenó la incorporación de una copia al expediente al resolver la eximición de prisión.

Los jueces deben resolver los expedientes en el estado en que se encuentran al momento de tomar una decisión. Sería irrazonable que si el juez ha fundado extensamente en una decisión anterior en la misma causa, los motivos por los cuales entiende que está ante un homicidio doloso y corresponde la detención del causante, omita toda alusión a ello en una decisión posterior, o se abstraiga de aquello que acaba de decidir horas antes, en el caso.

4. No encuentro, a diferencia de lo que sostiene el recurrente, que el Sr. Juez *a quo* haya renunciado a su potestad constitucional de decidir al someterse incondicionalmente a la imputación formulada por la Fiscalía.

Por el contrario, en la orden de detención que fue agregada en copias a fs. 4/13 y vta. al resolverse la resolución impugnada, el Sr. Magistrado de Grado ha desarrollado *in extenso* las razones por las que considera que la conducta endilgada a N. A. debe ser imputada a título de dolo eventual. Incluso, en dicha resolución descartó (y explicó por qué lo hacía) la imputación alternativa efectuada por el Ministerio Fiscal.

Debe recordarse que la calificación que exige la legislación procesal al Juez de Garantías al resolver una eximición de prisión, reviste carácter estimativo y provisorio con arreglo a lo dispuesto en el artículo 186 del CPP.

No encuentro, por ende, que el Juez se haya sometido incondicionalmente a los dictados del Ministerio Público Fiscal. Tampoco advierto que los derechos de la Defensa se encuentren menoscabados por la remisión a los fundamentos de la resolución que dictó la orden de detención.

5. Tampoco pueden prosperar los agravios relativos a la acreditación de los peligros procesales.

En primer lugar, el delito que “*prima facie*” se imputa al encausado prevé una pena en expectativa que supera la prevista por el artículo 169 inciso 1 del CPP. y asimismo, no ingresaría en las previsiones del inciso 3 del mismo artículo.

Por otro lado, el artículo 171 del CPP. Dispone que no se concederá la excarcelación cuando existan indicios vehementes de que el imputado intentará evadir la acción de la justicia y el artículo 148 inciso 2° del CPP. establece la pena en expectativa como parámetro para meritar dichos indicios.

La pena en expectativa, entonces, en función de la imputación provisorio efectuada razonablemente por el Magistrado *a quo* en los términos del artículo 186 del CPP., conforma una pauta válida para evaluar el riesgo procesal a esta altura del proceso, de conformidad con los artículos 171 y 148 del CPP. Ya indicados, se corresponde con el estándar fijado por la CIDH, cuyos informes deben servir de guía para la interpretación de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, como lo ha sostenido la CSJN en los fallos Girolodi (Fallos: 318:514), Bramajo (Fallos: 319:1840), Sánchez Reise (Fallos: 321:1328) y Romero Cacharane (del 327:388), entre otros.

Así, dicho órgano sostuvo en el informe 12/96, del 1° de marzo de 1996 que “tanto el argumento de seriedad de la infracción como el de severidad de la pena pueden, en principio, ser tomados en consideración cuando se analiza el riesgo de evasión del detenido”.

Por ello, y dado que el delito que se le imputa al encausado prevé una escala penal que va desde los 8 hasta los 25 años de prisión, entiendo que –con los lineamientos referidos– por el momento puede razonablemente sostenerse la existencia de peligros procesales que justifican

la denegatoria de la eximición de prisión que viene recurrida, sin que dicho riesgo pueda, al menos por ahora, ser neutralizado o disminuido mediante la aplicación de obligaciones especiales o caución real.

La Defensa tampoco ha cuestionado que N. A. haya intentado huir, extremo afirmado por el Juez de la instancia y que es una pauta que razonablemente puede evaluarse a los efectos del riesgo procesal.

Las menciones de la Defensa relativas a que T. N. A. tiene arraigo, trabajo y una relación sentimental tampoco resultan suficientes, al menos por el momento, para disminuir o neutralizar el riesgo que emerge de la pena en expectativa para la imputación formulada.

6. Por las razones expuestas es que habré de proponer al acuerdo que se declare admisible el recurso de apelación, se confirme la resolución impugnada en cuanto no hizo lugar a la eximición de prisión de T. N. A. y se tengan presente la reservas de recurrir en Casación y de Caso Federal efectuadas.

Así lo voto.

A la segunda cuestión el Sr. Juez Stepaniuc dijo:

Adhiero al voto de mi colega preopinante, Dr. Pitlevnik, por sus mismos motivos y fundamentos.

Así lo voto.

A la segunda cuestión el Sr. Juez Cayuela dijo:

Adhiero al voto de mi colega preopinante, Dr. Pitlevnik, por sus mismos motivos y fundamentos.

Así lo voto.

Por ello, el Tribunal **RESUELVE:**

a. **NO HACER LUGAR, por mayoría**, a la audiencia solicitada por el recurrente, de conformidad con los motivos expuestos en el considerando (artículo 442 del CPP.).

b. **DECLARAR ADMISIBLE** el recurso de apelación interpuesto a fs. 23/26 y vta. contra el auto de fs. 14/17 y vta. de la presente incidencia, de conformidad con los motivos expuestos en el considerando (artículos 174, 421, 433, 439, 440, 442 y concordantes del CPP.).

c. **CONFIRMAR** el auto de fs.14/17 y vta. en cuanto no hizo lugar a la eximición de prisión de Tomás Núñez Aboy, de conformidad con los

motivos expuestos en el considerando (artículos 148, 169 “a contrario”, 171, 185, 186, 434, y concordantes del CPP.).

d. **TENER PRESENTE** las reservas de recurrir en Casación y de Caso Federal efectuadas por la recurrente, de conformidad con los motivos expuestos en el considerando (artículos 451 del CPP. y 14 de la ley41). Regístrese, notifíquese y devuélvase a la instancia de origen a sus efectos.

Sirva lo proveído de atenta nota de envío.

Fdo. : Dres. Leonardo G. Pitlevnik, Juan E. Stepaniuc y Luis C. Cayuela

Ante mí: Dra. Viviana A. Vega.

Capítulo 4

Delitos contra la Administración Pública

Castigo al delator falsario

Análisis del artículo 276 bis CP

Marco Antonio Terragni*

Texto legal

Será reprimido con prisión de cuatro a diez años y con pérdida del beneficio concedido, el que, acogiéndose al beneficio del artículo 41 ter proporcionare maliciosamente información falsa o datos inexactos. (Artículo incorporado por el artículo 2 Ley N° 27304 BO 02/11/2016).

Introducción

Sobre la figura del *arrepentido* y las consecuencias que se derivan del arrepentimiento se registra en nuestro país un debate al que, algunos de los que han intervenido o intervienen en él, le asignan la calificación de moderno pues lo vinculan quizás al Mensaje N° 20542 PE 277/91 dirigido al Senado de la Nación para incorporar normas al Código Penal reduciendo la pena a personas que hubieren incurrido en delitos y que cooperen para su esclarecimiento. En el párrafo siguiente señalaré que una iniciativa no igual pero semejante se plasmó en ley de la República Argentina setenta años antes, siempre con la idea de que el enfrentamiento con ciertos delitos complejos supera las posibilidades del Estado, debiendo este acudir a instrumentos no corrientes para poder contrarrestar la actuación de

* Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales por la Universidad del Litoral. Doctor en Derecho por la Universidad de Buenos Aires. Doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid. Doctor *honoris causa* de la Universidad de Flores. Ex profesor titular de la Universidad del Litoral. Profesor de los cursos de posgrado de la Universidad Nacional del Litoral, de la Universidad de Belgrano y de la Universidad del Azuay (Cuenca, Ecuador). Profesor *honoris causa* de la Universidad Nacional de Cajamarca (Perú). Ex becario del Instituto Max Planck para el Derecho Penal Extranjero e Internacional de Friburgo (Alemania). Publicó libros y artículos en la República Argentina y en el extranjero. Mantiene el sitio de doctrina e información jurídica www.terragnijurista.com.ar.

organizaciones criminales y castigar a sus miembros, sea cual fuese el rol que en las mismas desempeñan y las funciones que cumplen.

Lo cierto es que en aquel mensaje, en la sanción respectiva y en todos los proyectos y normas vinculados a la misma cuestión, se menciona la finalidad de contribuir a una adecuada y eficaz actuación de la justicia; y algunos de ellos agregan que eso se lograría si el arrepentido aportase elementos suficientes para descubrir y procesar a otros partícipes del delito. Así se llega a la Ley N° 27304 cuyo artículo 1, sustituye el artículo 41 ter del Código Penal indicando que lo que se persigue es que

... los datos o información aportada¹ contribuyan a evitar o impedir el comienzo, la permanencia o consumación de un delito; esclarecer el hecho objeto de investigación u otros conexos; revelar la identidad o el paradero de autores, coautores, instigadores o partícipes de estos hechos investigados o de otros conexos; proporcionar datos suficientes que permitan un significativo avance de la investigación o el paradero de víctimas privadas de su libertad; averiguar el destino de los instrumentos, bienes, efectos, productos o ganancias del delito; o indicar las fuentes de financiamiento de organizaciones criminales involucradas en la comisión de los delitos previstos en el presente artículo...

Todo esto habla a las claras de que se trata de hacer eficaz la administración pública y, concretamente, la administración de justicia. Si el arrepentido, *delator*, o como se le llame, colabora proporcionando información o datos precisos, comprobables y verosímiles esa intervención es útil. Por lo contrario, si la información y los datos son falsos obstaculiza *ex profeso* que el Estado lleve a buen puerto su propósito de investigar aquellos hechos y de castigar a los autores y partícipes.

Lo que el legislador pretende es reducir los riesgos asociados a esta forma de delación premiada, porque algunos sujetos podrían pretender obtener un beneficio incriminando indebidamente a otros o bien exagerando sus imputaciones, lo que produce un déficit de fiabilidad.

Al acudir a la historia, se puede comprobar que ya en la legislación de Partidas aparece una referencia a la malicia así como la sanción que acarrea su empleo, porque allí el delator se diferenciaba del acusador en que este hacía parte del juicio y aquel no, y en que el acusador de-

1. Que deben ser “precisos, comprobables y verosímiles”, según dice el primer párrafo del artículo.

bía probar el hecho, con imposición de penas si no lo hubiese hecho; al paso que el delator no tenía esa obligación, a no ser que se hubiese ofrecido a ello o que su declaración apareciese como maliciosa.²

Antecedentes legislativos argentinos

En la sesión del 6 de agosto de 1997, la Cámara de Diputados de la Nación sancionó y envió al Senado las reformas al Código Penal que favorecían con reducción de pena a quien se esforzase seriamente para evitar el resultado del delito, reducir el daño, satisfacer a la víctima o hubiese cooperado decisivamente en la investigación. Y a su vez disponía la aplicación de pena al colaborador que en el curso de una investigación penal formulase imputaciones o proporcionase datos falsos sobre terceras personas o simulase pruebas. En la Reunión Plenaria de las Comisiones de Asuntos Penales y Regímenes Carcelarios y de Asuntos Constitucionales del Senado celebrada el 2 de septiembre de 1997 se invitó a exponer a profesores acerca de si la imputación por falso testimonio al supuesto arrepentido que declara falsamente sería inconstitucional por cuanto nadie está obligado a declarar contra sí mismo. Las respuestas que dieron Maier, Zaffaroni, Gil Lavedra y Sancinetti fueron diversas: enfocaron el tema desde distintos puntos de vista, y por la extensión de las mismas, no las transcribiré. Sí dejo constancia de que giraron en torno a si realmente quien así obraba era un testigo o no. Esta era la problemática que en ese momento surgía y que, sin que se lo dijese especialmente, reflejaba cómo se resuelve el dilema –testigo o imputado– en los Estados Unidos de América. Sobre el punto, Edmundo Hendler en su momento escribió:

Entre los anglosajones, para tener valor probatorio, una declaración, quien quiera sea que la preste, tiene que brindarla en calidad de testigo y con el consiguiente juramento. Esto comprende al propio imputado y establece una diferencia significativa del proceso penal estadounidense respecto del nuestro o, en general, del europeo continental. Para este último, el resguardo contra la autoincriminación, además de permitir negarse a declarar, prohíbe tomar juramento a quien es imputado. La práctica judicial norteamericana, en cambio, sólo permite una alterna-

2. Esriche, Joaquín, *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*, París, Ed. Garnier, 1869, p. 533.

tiva: negarse a declarar bajo juramento. Pero, al mismo tiempo, nuestro sistema procesal exige manifestar personalmente ante el tribunal la determinación de no declarar mientras que en los Estados Unidos el acusado no puede siquiera ser puesto en el estrado si él no lo pide. Se entiende que el resguardo contra la autoincriminación debe librarlo de la compulsión implícita que eso significa.³

La publicación de Hendler lleva más de veinte años y en ese período hemos asistido a cambios en el Derecho Procesal Penal argentino influidos por el norteamericano. En la materia que me ocupa, es de hacer notar que la figura del artículo 276 bis está inscripta en el Capítulo 12: “Falso testimonio” del Título XI “Delitos contra la Administración Pública” del Libro segundo del Código Penal: “De los delitos”. Quiere decir que el bien jurídico tutelado es el valor del testimonio veraz como prueba que permite llegar a que la sentencia que se dicte sea justa. Sobre este punto cuenta la opinión de Devis Echandía:

En sentido estricto, testimonio es un medio de prueba que consiste en la declaración representativa de una persona, que no es parte en el proceso en que se aduce, hace a un juez, con fines procesales, sobre lo que sabe respecto a un hecho cualquiera. En sentido amplio, es testimonio también esa declaración, cuando proviene de quien es parte en el proceso en que se aduce como prueba, siempre que no perjudique su situación jurídica en ese proceso; porque entonces sería confesión.⁴

Nuestra Ley N° 27304 se decidió por la segunda de estas posibilidades, lo que no quita que la finalidad principal sea obtener una prueba con valor positivo para la investigación y el juzgamiento.

Análisis a la luz de la teoría del delito

A continuación, seguiré el orden de los elementos, refiriéndome a la faz positiva y a la negativa.

ACCIÓN: Conforme a los textos legales, la del partícipe o autor de alguno de los delitos señalados en el artículo 41 ter del Código Penal

3. Hendler, Edmundo, “El arrepentido en la Práctica Judicial Anglo-Americana”, en *Revista Jurídica del Centro de Estudiantes*, Universidad de Buenos Aires, N° 9, abril 1997, p. 26.

4. Devis Echandía, Hernando, *Teoría de la prueba judicial*, Buenos Aires, Zavalía, 3ª edición, 1976, T. II, p. 33 y ss.

consiste en brindar, durante el proceso del que sean parte, datos o información acerca de los hechos ilícitos en los que hayan intervenido.

Como esa conducta se traducirá en el acuerdo al que refiere el artículo 3 de la Ley N° 27304, no concurrirá el supuesto de falta de acción consistente en obrar violentado por fuerza física irresistible al que se refiere el artículo 34.2 CP como causal de impunidad.

TIPICIDAD: Para que la conducta sea típica no sólo deben concurrir los elementos a los que a continuación indicaré sino, esencialmente, tiene que poner en peligro o lesionar el interés (bien jurídico) que se trata de proteger; en el caso la eficaz, correcta y rápida administración de justicia sobre los delitos a los que la Ley N° 27304 refiere. *Ergo*, y suministrando un ejemplo: si el dato o la declaración, no obstante ser falsos, careciesen de importancia para la consecución del fin aludido, la conducta –por insignificante– no sería típica.

ELEMENTOS OBJETIVOS: Por *objetivo* se debe entender lo que está fuera de la persona; de sus conocimientos y de sus sentimientos, como que la palabra *objetivo* llega al idioma castellano proveniente del latín *ob yacere* (yacer afuera). En el artículo 276 bis CP aparecen como indicaciones de tal carácter los sustantivos *información* y *datos*. Si el sujeto activo no los proporcionase la conducta sería atípica.

ELEMENTOS SUBJETIVOS: La ley califica a la información como *falsa* y a los datos como *inexactos*. Si bien el primer adjetivo tiene una connotación más explícita, tanto uno como el otro aluden a las claras al dolo. Es decir, habrá adecuación típica si el sujeto hubiese actuado con conocimiento del alcance de lo que estaba haciendo y con voluntad de producir el resultado consistente en obstaculizar la investigación de manera que no siga su curso normal y que, en caso de que finalice, la decisión no guarde coherencia con lo realmente acontecido. A esos efectos obra con malicia; es decir, no sólo sabiendo lo que hace sino para beneficiarse con ello –obtener rebaja de la pena– para perjudicar a otro o para conseguir ambas cosas a la vez.

INCIDENCIA DEL ERROR: El artículo 34.1 CP declara no punible a quien no haya podido, en el momento del hecho, por error o ignorancia de hecho no imputables, comprender la criminalidad del acto o dirigir sus acciones. Tal podría ser el caso del individuo al que menciona el artículo 276 bis CP pero para ello debería superar la condición de que el error o la ignorancia no se le puedan imputar: entendida la locución

como que, si hubiese puesto cuidado en lo que hacía la equivocación no hubiese acontecido o si hubiese querido aprender, los efectos de la ignorancia hubiesen desaparecido.

Empero, es prácticamente imposible que esta causal de atipicidad –el error– concorra en algún caso de la vida real, pues es incompatible con la malicia de la que habla el precepto.

ANTI JURIDICIDAD: La ilicitud de la conducta parte de la misma circunstancia de estar prevista por el legislador como delito.

En cuanto a la faz negativa, no puede concurrir causa de justificación alguna.

CULPABILIDAD: Consiste en el reproche que se le formula al autor porque, habiendo podido orientar su conducta conforme a la norma, no lo hizo.

Como está redactada la Ley N° 27304, la única causa de inculpabilidad que podría considerarse es la coacción a la que alude el artículo 34.2 CP declarando impune al que obrare violentado por la amenaza de sufrir un mal grave e inminente. Quien debería intimidarlo así sería otro; lo que puede ocurrir, como que todos son delincuentes.

En cuanto a que el que amenace sea el Estado, dejando de lado la inmoralidad que significa premiar por delatar, el colaborador se encuentra enfrentado a una singular situación: por un lado no está obligado a declarar contra sí mismo y por el otro debe decir la verdad sobre el hecho en el que ha participado, ya que de lo contrario comete este extraño delito de ¿falso testimonio? Se trata de un testigo inhábil, porque por un lado el colaborador se inclinará por eludir o disminuir su responsabilidad a cualquier costo, aun callando o mintiendo (lo que desde ya significa una tensión espiritual) y por el otro deberá decir la verdad bajo apercibimiento de considerarlo incurso en las penas del artículo 276 bis CP; lo que también, dadas las circunstancias, implica una tensión en sentido contrario. Si lo hace se sumarán la pena del delito cometido anteriormente a la del último, siguiendo las reglas del Título IX “Concurso de delitos” del Libro primero CP.

SANCIONES: Llama la atención lo elevado del mínimo de la escala, desproporcionado respecto del falso testimonio agravado por haber sido cometido en causa penal en perjuicio del imputado, en que la pena va de uno a diez años de reclusión o prisión (art. 275 CP). No tiene razón de ser la diferencia, porque concurren idénticas circunstancias

y el efecto jurídico de ambas conductas es el mismo. La única reflexión posible es que se inscribe en la tendencia actual, aparentemente incontrolable, de exhibir una política criminal dura, que no sólo hará perder al reo el beneficio que se le concedió aplicando el artículo 41 ter CP, sino que lo mandará a la cárcel de manera efectiva.

Jurisprudencia

Fuero: Cámara de Apelación y Garantía en lo Penal, Sala II, San Isidro.

Autos: “V., J. D. s/ procesamiento con prisión preventiva y embargo”

Expte. N°: CCC. 13669/2018/1/CA1

Fecha: 05-10-2018

Buenos Aires, 5 de octubre de 2018

Y VISTOS Y CONSIDERANDOS:

La defensa de J. D. V. –Dr. Juan M. Vicco– apeló el auto que en copias luce a fs. 1/31, que dispuso su procesamiento con prisión preventiva y embargo por el delito de proporción maliciosa de información falsa o inexacta acogiéndose al beneficio del art. 41 ter del CP (art. 276 bis del CP.).

En su recurso, afirmó que el hecho es atípico. Además planteó la inconstitucionalidad de la figura por la que formularon los cargos contra su asistido. Se agravió asimismo de la prisión preventiva a él impuesta y del embargo trabado sobre sus bienes.

El juez Martín Irurzun dijo:

I- Los hechos y su encuadre

De las constancias de la causa surge que:

- V. fue procesado con prisión preventiva el 9 de noviembre de 2017 por el intento de ingresar al país casi treinta mil pastillas de éxtasis desde el Reino de España (conf. resolución del Juzgado Nacional en lo Penal Económico N° 3 en CFP 1642/2017, en copias obrante a fs. 299/310). El enjuiciamiento fue elevado a la instancia oral.

- En el contexto de esa instrucción, declaró que una persona de nacionalidad dominicana apodada como “morocho pera” –de quien hizo una detallada descripción física– fue quien le solicitó sus datos

a cambio de dinero para recibir una documentación proveniente de España. Además hizo alusión a que el celular secuestrado le fue entregado por aquél y que podría reconocerlo en una fotografía previo a un acuerdo con el Sr. Fiscal (fs. 48/50 del ppal.).

Por entonces, su defensor presentó un escrito donde aludió a los dichos de su representado, sosteniendo expresamente la necesidad de medidas de corroboración de aquellos, entre otras cosas en miras a “*obtener mejoras en la situación procesal del nombrado como consecuencia de los beneficios que podrían proceder en referencia a la eventual instrumentación de la situación contemplada en el art. 41 ter del CP, de avanzar la investigación y consensuar la aplicación del instituto con el Ministerio Público Fiscal*” (fs. 51/2).

Luego, V. aportó datos y documentación perteneciente a S. I. F. P. afirmó que él era “morocho pera”. También indicó que poseía más información al respecto pero que la reservaba hasta tanto se encontrara en condiciones de obtener un acuerdo de colaboración (fs. 53/5 del ppal.).

Efectivamente, el 26 de diciembre de 2017 se llevó a cabo ese acuerdo con arreglo a las previsiones del art. 41 ter del CP, conforme ley 27.304 (fs. 93/5 del ppal.). V. participó junto a su defensor. Manifestó su deseo de aportar información en los términos de la norma y se le informó el contenido del art. 276 bis del CP. Manteniendo la línea de sus declaraciones previas –sin que se le tomara juramento de decir verdad– señaló entre otras cosas el paradero de “*morocho pera*”, a quien indicó como miembro de una organización internacional dedicada al tráfico de estupefacientes.

El acuerdo fue luego homologado por el juez. Allí, el imputado ratificó en forma expresa su voluntad en tal sentido (fs. 99).

- Pues bien. A raíz de las indicaciones de V., S. I. F. P. fue detenido. El primero luego lo individualizó en rueda de reconocimiento como el partícipe del hecho.

Pero los posteriores datos de la investigación lo desmintieron.

F. P. terminó siendo sobreseído. Se comprobó que se encontraba fuera del país en la fecha en la que fue recibido el material estupefaciente (planilla de migraciones fs. 117/120 del ppal.). Las líneas telefónicas que se le adjudicaron no le correspondían; ninguno de los coimputados en la causa de contrabando lo reconoció como partícipe y las averiguaciones de la División Operaciones federales de la PFA dieron iguales resultados (ver resolución en copias obrante a fs. 84/90).

Se supo también por qué V. había tenido en su poder una copia del pasaporte de F. P., desmintiéndolo también en ese aspecto.

- Con todo, hay motivos sólidos para afirmar que, por decisión expresa del imputado *—a través de sus manifestaciones y las volcados por su representante legal—*, sus alusiones en actos previos pasaron a formar parte integral del acuerdo de colaboración (es más, las referencias efectuadas en éste no se pueden entender sin aquellas). También, que mintió en sus afirmaciones, generando un perjuicio real y concreto en la administración de justicia y en quien, a raíz de ello, resultó detenido e impuesto de cargos por tentativa de contrabando de estupefacientes. El cuadro descripto abona a la presunción de que obró con dolo.

La calificación provisoria del hecho en los términos del art. 276 bis del CP es, entonces, acertada.

II- Planteo de inconstitucionalidad

La defensa planteó la inconstitucionalidad de la figura prevista por el art. 276 bis del CP (incorporada por ley 27.304). Lo hizo sobre la base de dos ideas: que contradice la cláusula que veda la autoincriminación forzada como corolario del derecho de defensa y que la escala penal que establece resulta irrazonable y desproporcionada.

No se hará lugar a la pretensión, por los siguientes motivos:

(1) Parece indiscutible que los fenómenos delictivos propios de la criminalidad organizada y la corrupción institucional que se invocaron como justificativos de la necesidad de una regulación como la de la ley 27.304 efectivamente existen. También, que la Argentina ha asumido un compromiso fuerte ante la comunidad internacional para su persecución y juzgamiento y que suele requerirse de herramientas especiales como éstas para investigarlos y esclarecerlos. La experiencia diaria basta de prueba cabal de todo ello.

De ahí que mal pueda cuestionarse la legitimidad del fin perseguido por el Poder Legislativo.

Es cierto que se han hecho críticas a la técnica legislativa usada o a la redacción de los mecanismos que fija la norma (mirada en forma integral o a través de institutos individuales). Cabe admitir que resulta mejorable y que al ser puesta en práctica presta a la confusión en determinadas situaciones.

Mas algo es claro: ninguna de esas cuestiones demuestra su manifiesta incompatibilidad con la Carta Magna.

(2) Lo que expresa muy claramente la garantía constitucional contra la autoincriminación es que no puede *obligarse* al imputado a brindar información sobre lo que conoce respecto del hecho investigado. En palabras de la Corte: “*lo prohibido por la Ley Fundamental es compeler física o moralmente a una persona con el fin de obtener comunicaciones o expresiones verbales que debieran provenir de su libre voluntad*” (Fallos 318:2518 y 320:1717).

Se ha entendido también que “*a la libertad de declarar se suma la libertad de colaboración o de cooperación: el imputado, más allá de su derecho a permanecer callado, tiene la facultad de decidir sobre toda actividad autoincriminatoria*” (Córdoba, Gabriela “*Nemo tenetur se ipsum accusare: “Principio de pasividad*”, en Baigún, David (comp.), “*Estudios sobre justicia penal. Homenaje de Julio B.J. Maier*”, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2005, pp. 281/2).

La clave, entonces, está siempre en que el sistema resguarde el ejercicio de la voluntad del justiciable. Entonces, cabe preguntarse ¿hay en la ley alguna cláusula que lo obligue a actuar en forma contraria a aquella o que pueda estimarse engañosa para que lo haga? No, no la hay.

Según el art. 8 de la ley 27.304 “*El acuerdo de colaboración se celebrará entre el fiscal y las personas que brindaren información en los términos del artículo 41 ter del Código Penal y de la presente ley. En todos los casos, el imputado arrepentido contará con la asistencia de su defensor*”. Esto se cumplió en el caso.

El art. 10 dice que “*El juez que intervenga en la homologación aprobará o rechazará el acuerdo presentado en una audiencia convocada al efecto con la presencia del imputado arrepentido, su defensor y el fiscal de la causa. El juez escuchará a las partes y se asegurará que el imputado arrepentido tenga debido conocimiento de los alcances y las consecuencias del acuerdo suscripto. El juez aprobará el acuerdo si el imputado arrepentido hubiera actuado voluntariamente y se hubieran cumplido los demás requisitos previstos en los términos del artículo 41 ter del Código Penal y de la presente ley*”.

Esto también se cumplimentó aquí. Al investigado no se le tomó juramento de decir verdad (ello confrontaría con la naturaleza del acto –ver Riquert, Marcelo A. “*El arrepentido: ¿colaborador eficaz o delator premiado?*”, Ed. Hammurabi, Bs. As., 2017, p. 242–). Con su abogado

presente, mostró actuar voluntariamente y conocer los alcances y consecuencias del acuerdo, que se le informaron.

Vale detenerse en este punto.

Conocer sus alcances y consecuencias incluye saber, entre otras cosas, (i) que en caso de aceptarse, el acuerdo será incorporado al proceso –por lo que en principio rigen la reglas aplicables al común de los elementos de las causas penales en cuanto a sus repercusiones, utilidad a la hora de la valoración y reglas de intercambio y acceso– (art. 11); (ii) que a partir de entonces los investigadores verificarán “*la verosimilitud y utilidad, total o parcial, de la información que hubiera proporcionado*” (art. 13); (iii) que de aparecer como probable la aplicación de la reducción de la escala penal, podrá ser considerada a los fines de la excarcelación o de la exención de prisión (art. 4); y (iv) que si proporciona maliciosamente información falsa o datos inexactos, aquello es susceptible de ser castigado con las penas del art. 276 bis del CP; además de la pérdida del beneficio (art. 2).

En un contexto así, no hay coerción ni engaño, porque las reglas están claras desde un principio y quien se acoge al mecanismo que prevé la ley las conoce cuando voluntariamente elige ese camino. No es obligado normativa ni físicamente a transmitir información útil; es él/ella y su abogado/a quienes deberán calcular cuáles son las consecuencias más ventajosas para sus intereses (Spolansky, Norberto Eduardo, “El llamado arrepentido en materia penal”, *La Ley*, T° 2001-F, ps. 1434 y ss.).

Se insiste: la herramienta podrá considerarse buena o mala; lo propio sobre la elección de política criminal que supone y la forma en que está redactada. Pero inconstitucional por atentar contra el derecho de defensa –y su derivada prohibición contra la autoincriminación– (art. 18, CN), ciertamente, no es.

En definitiva, la Constitución establece un derecho a callar, a abstenerse de declarar contra uno mismo. Por ende, que un hecho de esta índole sea punible no tiene ningún vicio constitucional, por más que el imputado no sea testigo. “*La sanción tiene el efecto simbólico de declarar indebida la incriminación falsa de otro*” (Sancinetti, Marcelo, Dictamen sobre proyectos de leyes, así llamados, de “Arrepentidos” y “Extinción de Dominio” (Explicaciones Complementarias a la intervención del 03/08/16 a disposición del H. Senado en versión taquigráfica de esa fecha, p. 23), versión digital en www.pensamientopenal.com.ar; Hairabeddián, M. “Nueva Legislación sobre los arrepentidos que no se

arrepienten” el Dial-DC222D. sección “Doctrina”, punto X, “El delito de suministro malicioso de información falsa o inexacta”; ambos citados por Riquert, obra cit.).

Así, *“el silencio que está protegido constitucionalmente es aquel que se mantiene en ocasión de tener que producir prueba, y ella puede constituir una autoincriminación si se dice lo que se sabe. Cuando se ofrece al posible arrepentido la opción de decir lo que sabe –y lo que sabe es útil y eficaz para descubrir el hecho delictivo e identificar a los responsables– a cambio de una pena más leve, no se está planteando una alternativa en la que la modalidad más grave es un hecho prohibido (la tortura), sino la manera de mostrarle que puede tener un tratamiento más benévolo, basado en un criterio puramente utilitario si aporta datos útiles y eficaces para descubrir el hecho delictivo e identificar a los responsables del hecho”* (Spolansky, obra cit.).

Por lo demás, *“los términos generales de la ley se refieren a la determinación de hechos ilícitos atribuidos y al grado de participación que se le atribuyere al imputado en aquellos, redacción que no permite interpretar que se refiera a hechos ilícitos cuya responsabilidad penal deba ser reconocida o admitida por el imputado que pretende acceder al beneficio legal [...] la ley no requiere la autoincriminación del imputado sino que aquel suministre información que contribuya con las finalidades de la investigación”* (CPE, Sala A, CPE 1523/2015/3/CA2, reg. N° 667/17 del 26/10/17).

(3) El examen de proporcionalidad de la escala punitiva que establece cualquier delito es, por naturaleza, restrictivo.

Ya se explicaron los motivos de ello: no basta con discrepar con la decisión legislativa; sólo se ha admitido que los tribunales declaren la inconstitucionalidad de la norma en casos extremos donde la pena y cualquier otra consecuencia jurídico penal del delito, impuesta con ese nombre o con el que pudiera nominársela, fuere equiparable a una cruel, por su desproporción respecto del contenido injusto del hecho (CSJN, Fallos 329:3680).

No se ha demostrado ni se advierte que existan argumentos para cuestionar desde ese lugar la escala prevista en la figura del art. 276 bis del CP, teniendo en cuenta las consecuencias lesivas que puede tener una conducta como la allí prevista. Basta con observar la magnitud de los perjuicios originados por la conducta objeto de este caso, donde otra persona fue detenida a raíz de los dichos mendaces del “imputado colaborador”.

III- Prisión Preventiva

La prisión preventiva impuesta a V. se ajusta a los parámetros que rigen su aplicación.

Deben tenerse en cuenta los cargos que existen en su contra en otro expediente donde se lo acusa de actividades de contrabando de estupefacientes –con un estado avanzado–; la naturaleza de la conducta que aquí se juzga y sus implicancias, que permiten inferir un riesgo significativo de entorpecimiento del proceso; y la amenaza de pena que sobre él se cierne, como dato *a priori* relevante en los términos de los arts. 312, 316 y 317 del CPPN.

Todo ello conduce a confirmar la prisión preventiva impuesta al imputado.

IV- Embargo

El embargo impuesto sobre los bienes de V. resulta razonable frente a las pautas del art. 518, CPPN, las características de los eventos y los perjuicios que derivaron de aquellos.

Por lo expuesto, voto por: **(I) NO HACER LUGAR** al planteo de inconstitucionalidad efectuado por la defensa respecto de la figura del art. 276 bis del CP, incorporado por ley 27.304; **(II) CONFIRMAR** el auto en crisis todo cuanto decide y fuera materia de recurso.

El juez Leopoldo Bruglia dijo:

Adhiero en términos generales al voto que antecede y coincido con la solución propuesta. Hago la aclaración que en referencia al análisis que se efectúa del valor probatorio y los alcances en los procesos del instituto previsto en el artículo 41 ter. del Código Penal, debe estarse a lo prescripto en el artículo 15 de la Ley N° 27.304 y a lo que corresponda en cada caso en particular, resultando innecesario expedirme en concreto al respecto, toda vez que tal circunstancia no ha sido materia de agravio en las actuaciones.

Así voto.

En virtud del acuerdo que antecede, **SE RESUELVE:**

I- NO HACER LUGAR al planteo de inconstitucionalidad efectuado por la defensa respecto de la figura del art. 276 bis del CP, incorporado por ley 27.304;

II- CONFIRMAR el auto en crisis en todo cuando decide y fuera materia de recurso.

Regístrese, hágase saber y devuélvase a la anterior instancia, donde –firme que sea– deberá comunicarse lo resuelto al Tribunal Oral en lo Penal Económico que interviene en la causa de origen.

Firmado: Irurzun – Bruglia

Ante mí: Pacilio

Capítulo 5

Delitos contra la fe pública

Juegos de azar

José María Orgeira y Adrián R. Tellas*

Legislación actual

Desde la sanción de la Ley N° 27346, por su artículo 10, se ha incorporado al Código Penal¹ el artículo 301bis, que dispone:

Será reprimido con prisión de tres (3) a seis (6) años al que explotare, administrare, operare o de cualquier manera organizare, por sí o a través de terceros, cualquier modalidad o sistema de captación de juegos de azar, sin contar con la autorización pertinente emanada de la autoridad jurisdiccional competente.

Ámbito de aplicación

Dada su incorporación actual, y como delito, se reprime el juego de azar ilegal en todo el territorio nacional.

Sin embargo, fue criterio inveterado que la represión de los juegos de azar sólo podía ser dispuesta en virtud de los poderes de policía de las costumbres, materia reservada por las provincias,² y así fue que en tiempo anterior estuvo reglada por el Decreto-Ley N° 6618/57, que regía solamente en la Capital Federal y los territorios nacionales (art. 2),³ sin

* **José María Orgeira:** Abogado (UBA). Licenciatura en Ciencias Penales (UBA). Profesor de derecho penal y procesal penal (UBA, 1968/2002; UPFA, 2000/12; UCES, 1995/2015). Actividad en la Justicia nacional: empleado (1956), secretario (1961), fiscal (1970) y juez en lo criminal de instrucción (1973/77). Autor de libros y publicaciones de la especialidad.

Adrián R. Tellas: Abogado (UBA). Profesor titular de Derecho Procesal Penal y Derecho Penal II en UCES. Autor de libros y publicaciones de la especialidad.

1. Código Penal, Título XII, "Delitos contra la fe pública", Capítulo V, "De los fraudes al comercio y a la industria".

2. Gómez, Eusebio, *Leyes penales anotadas*, Buenos Aires, Ediar, 1954, T. IV, p. 272, y Corte Suprema de Justicia de la Nación, Fallos CSJN: 141:217.

3. Madariaga, Miguel A. y Moras Mom, Jorge R., *Juegos de Azar, represión de su explotación*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1957, p. 164.

perjuicio de que cada provincia estableciera su propio sistema punitivo. Igual aplicación restringida tuvieron las Leyes N° 4097,⁴ 11672⁵ y 12660.⁶

Bien jurídico tutelado

Es muy importante el análisis del bien jurídico que pretende custodiarse con las figuras penales introducidas por la citada ley, porque permite comprender mejor los alcances y límites de las conductas prohibidas.

En este caso en particular no creemos que el primer objetivo de la prohibición sea evitar los juegos de azar por *los efectos nocivos del juego*⁷ ni por su carácter *antisocial*,⁸ porque de ser así se debería vedar también la actividad lúdica por dinero en todos los casinos, bingos y locales de recepción de apuestas autorizados (de quiniela, prode, etc.), donde acuden personas adictas al juego, en algunos casos, hasta favorecidos por el aliciente adicional de comidas y bebidas a bajo precio, sorteos extra y otros incentivos pergeñados para fidelizar a los jugadores que, al amparo del permiso o concesión dada por la autoridad, compiten con ventaja respecto de quienes explotan el juego ilegal. Hay asimismo otros juegos permitidos por la legislación, como las loterías y las carreras de caballos, sin que estas agoten la lista de los autorizados. Quizás las ventajas que a veces brindan los explotadores del juego ilegal son el crédito otorgado a los conocidos y la posibilidad de levantar las apuestas a domicilio.

Entendemos, en cambio, que aquello que la ley protege es el erario público. Las personas físicas o sociedades amparadas por la ley obtienen ganancias del juego y tributan un canon que va a engrosar las arcas de las administraciones nacionales, provinciales o municipales.

4. *Ibidem*, p. 159.

5. *Ibidem*, p. 162.

6. *Ibidem*, p. 163.

7. Aunque lo colocan en esta posición Christian D. Pérez, en Arce Aggeo, Miguel A.; Baez, Julio C. y Asturias, Miguel A., *Código Penal Comentado y Ordenado*, Buenos Aires, Cathedra Jurídica, 2018, p. 1378, justo es reconocer que estos autores además aluden a “la confianza que la sociedad coloca en los juegos de azar [...] y la afectación directa de las utilidades que el juego reglamentario produce”. Este último es precisamente el único que se vería perjudicado y por ende sería el bien jurídico tutelado: la exclusividad estatal.

8. Rojas Pellerano, Héctor F., en Aftalión, Enrique R. (dir.), *Tratado de Derecho Penal Especial*, Buenos Aires, La Ley, 1969, T. III, p. 452.

Por vía de consecuencia, únicamente se perjudica a los beneficiarios de ese dinero cuando es desviado por quienes explotan el juego ilegal; incluso, muchas veces el producido de estos fondos está regulado por reglamentos o leyes que fijan el destino de las ganancias para obras públicas de beneficencia.

Consecuentemente, para unificar la punición en todo el país se introdujo el delito en el Código Penal, pese a que el juego ilegal no guarda necesariamente relación con delitos contra la fe pública. Se sugiere consultar las conductas prohibidas enunciadas a partir del artículo 282 hasta el 302 para dar luz al tema. Ya hace muchos años, el profesor Eduardo Aguirre Obarrio, al tratar los delitos contra el orden público, sostuvo que los legisladores ponían dentro de este Título VIII a conductas prohibidas que sólo estaban allí porque había que ponerlas en alguna parte, como si fuera, decía, “en un cajón de sastre”.

Y estas reflexiones interesan, porque no vamos a encontrar el bien jurídico al analizar los títulos y capítulos entre los que fue insertada la figura del juego ilegal.

En suma, nos quedamos exclusivamente con la protección de la recaudación del juego legal; es decir, el permitido por las autoridades públicas. Ahí está el bien jurídico que se procura preservar.

Los núcleos de la acción prohibida

Consisten en “explotar”, “administrar”, “operar” u “organizar” *juegos de azar*.

Si se analiza bien cuáles son estas conductas prohibidas podemos llegar a la conclusión de que la primera de ellas prácticamente abarca o comprende a las restantes. Simplemente lo que hace el legislador al incluir a la administración, la operación y a la organización es llevar a categoría de ley una interpretación auténtica, que torne imposible dejar afuera, por atípica, la conducta de quienes sólo se limiten a intervenir en un aspecto del juego ilegal sin verse directamente beneficiados por las utilidades que reporta; cuando, en realidad, por cualquiera de estas variantes en definitiva se consiga el propósito de cualquier juego de azar; es decir, su explotación.

Así, quedará incluido el armador de negocios que, sin intervención personal posterior en la casa de juego de azar, se la ofreciere a alguien,

suministrándole el lugar apropiado (casa, departamento; alquilados, prestados o vendidos) y los elementos necesarios para montar una casa de juego (las ruletas, las fichas y el rastrillo; los teléfonos para recibir las apuestas de los sorteos de lotería o las carreras de caballos a disputarse). Y para que no quede duda alguna se agrega *por sí o a través de terceros*.

Un elemento importante que nos permite arribar a esta interpretación es el uso del giro “modalidad o sistema de captación de juegos de azar”, que contiene la redacción del tipo penal. Es decir, que no basta para configurar la infracción el simple hecho de practicar un juego de azar, sino que es necesario que por los medios delictivos precedentemente detallados (explotar, administrar, operar u organizar), lo que busque el autor sea “captar” apuestas; y eso denota el concepto de “juego bancado”, o sea, aquel en que una persona “*distribuye y ordena su desarrollo y es depositaria de las puestas de los jugadores*”, conforme recepta el Diccionario de la Real Academia Española, en su quinta acepción, el término “banca”.

En definitiva, siempre se está reprimiendo la *explotación* del juego de azar, sea cual fuere el modo en que se tome parte; con una excepción: los jugadores que no tengan otra intervención en el montepío; es decir, que no estén en la casa de juego cumpliendo uno de los roles previstos en la ley, incentivando a los otros jugadores a hacer apuestas o comprometer mayores sumas de dinero que las inicialmente previstas por ellos.

Quedan por tanto fuera de los parámetros de incriminación los casos en que la intención del autor está dirigida a la propaganda comercial, cuestión que a lo sumo debe atenerse a las regulaciones de lealtad comercial. Volveremos sobre este particular al efectuar el análisis de la regulación local de los juegos de apuestas y, asimismo, con algunos ejemplos jurisprudenciales al final de este trabajo.

El elemento normativo: la autorización

Consiste en explotar el juego de azar *sin contar con la autorización pertinente emanada de la autoridad jurisdiccional competente*.

Este permiso generalmente se otorga por el pago de un canon dentro de plazos previamente determinados en el contrato respectivo; puede ser anual, mensual o tener cualquier otra duración.

La autorización pertinente puede ser dada, según los casos, por el gobierno nacional, cualquier estado provincial (incluida la CABA) y hasta municipios. Las regulaciones en particular dependen de acuerdos o permisos regulados entre estos entes.

La circunstancia de que la transgresión afecte a un municipio o estado no tiene relevancia, porque en todos los casos si falta la autorización para el desarrollo del juego de azar se ha de aplicar este artículo comentado del Código Penal.

En circunstancias excepcionales, algunos de los organizadores pudieron haber sido engañados por el que asegura que obtuvo el permiso, casos en los que habrá que evaluar si el error fue invencible, tema que se debe analizar al juzgar la culpabilidad del que dice haber sido sorprendido en su buena fe.

La regulación en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Desde el año 1990, con la sanción del Decreto N° 598, el juego a nivel nacional estuvo regido por una autoridad que fue Lotería Nacional Sociedad del Estado. Era una sociedad (hoy en estado de liquidación) cuyo accionista era el Ministerio de Salud de la Nación, que recaudaba y regulaba el juego (hipódromos, quiniela, loterías, etc., y más tarde casinos y tragamonedas), volcando el producido de su explotación al financiamiento de planes sociales. Ese esquema vino a reemplazar al que regía por Ley N° 18226, según el cual el Ministerio de Bienestar Social se encargaba directamente de esa explotación a través de una Dirección, que era Lotería de Beneficencia Nacional y Casinos.

Esa nueva estructura tuvo además otro cambio en la explotación del juego, que fue el traspaso a la provincia de Buenos Aires de los casinos que todavía explotaba la Nación (como, por ejemplo, el de Mar del Plata), que fue consecuencia del reconocimiento pleno de que el poder de policía en materia de juegos de azar correspondía a las autoridades locales.

Pese al rango que constitucionalmente se le asignó a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires con la reforma a la Carta Magna del año 1994, no fue sino por Decreto del Poder Ejecutivo Nacional N° 743, del 2 de junio de 2016, cuando finalmente se inició el proceso a través del cual

la Ciudad Autónoma de Buenos Aires asumiría la plena competencia en materia de organización, explotación, administración y control de juegos de azar en el ámbito de su territorio.⁹

En cumplimiento de lo previsto en el artículo 2° de ese Decreto, Lotería Nacional Sociedad del Estado y el Instituto de Juegos de Apuestas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, acordaron –en el ámbito de la Comisión de Enlace conformada al efecto– un cronograma de trabajo pormenorizado con el objeto de perfeccionar la asunción de competencias en materia de juegos de azar, destreza y apuestas mutuas por parte de la CABA.

En ese marco de asunción de una competencia que hasta el 30 de junio de 2017 ejerció la Nación (en el ámbito de CABA), la Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires sancionó la Ley N° 5785, mediante la cual creó “Lotería de la Ciudad de Buenos Aires S.E.” (LOTBA S.E.), en el ámbito del Ministerio de Economía y Finanzas.

LOTBA S.E. tiene, tanto por la disposición de la ley de creación como por el Decreto N° 88/17 que le dio su estatuto, el objeto de autorizar, organizar, explotar, recaudar, administrar y controlar los juegos de azar, destreza y apuestas mutuas y actividades conexas en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, siendo a tal fin designada Autoridad de Aplicación de la Ley N° 538 de Juegos de Apuesta.

Esta Ley de Juegos de Apuestas N° 538, que rige en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en realidad es previa a la transferencia, y ello se nota en que era restrictiva de la materia de juego. De hecho tuvo que ser modificada por la Ley N° 5875 para aceptar las concesiones que ya estaban vigentes y que son transferidas porque, por mandato constitucional, el juego en la ciudad sólo debe ser explotado por el Estado.

En el caso del juego permitido y prohibido, existía en la Ciudad una normativa anterior: la Ley N° 25, del año 1999, que sancionaba las conductas de juego clandestino como contravenciones, con excepción de los actos que se consideraban insignificantes. Era una ley especial contravencional que prevenía las conductas (organización, explotación, promoción, y desarrollo de sorteos no permitidos), la pena (arresto, interdicción y decomiso) y, como dijimos, la excusa absolutoria para las

9. Para mayor información en torno a la historia de la regulación del juego en la Ciudad de Buenos Aires, ver Marcela Laura Millán, en *LL* 2003-B-1093.

prácticas que por su insignificancia o por hallarse incorporadas por la costumbre o la tradición no importaran peligro para la convivencia ni para el patrimonio de las personas.

Ese concepto de insignificancia es retomado por la Ley N° 538 y por el Decreto reglamentario N° 1591/02, que prevé lo que es juego autorizado y lo que es prohibido con un criterio bastante restrictivo en el que el juego de azar, con excepción de los juegos de poca significación económica y que sean organizados por entes de bien público, deben ser explotados y organizados por el Estado.

Esto tiene importancia porque los juegos no autorizados (que pueden ir desde una promoción comercial con sorteo a una red de juego clandestino) quedarían ahora alcanzados por la figura típica incorporada al Código Penal, que no prevé esos supuestos de ausencia de punibilidad en caso de insignificancia o bagatela, por lo que allí gravitará la dogmática general de la teoría del delito, que no deberá perder de vista la legislación local específica, sobre la que volveremos unos párrafos más adelante.

Al régimen que venimos detallando hay que hacer una excepción, que tiene que ver con el caso de las promociones comerciales, que antes regulaba Lotería Nacional (las empresas tenían que solicitar una autorización para hacer una campaña promocional y se la autorizaba para todo el país, con excepción de provincias como Córdoba y Mendoza que hacían valer su poder de policía). Hoy día se genera un vacío a ese respecto, pues no es LOTBA S.E. quien se ocupa de esas autorizaciones, por lo que se interpreta que quedan reguladas por las normas de lealtad comercial, que contienen previsiones respecto a los concursos, si bien con un enfoque diferente de la actividad.

Sin embargo, corresponde analizar los alcances de una campaña publicitaria, para establecer cuándo encubre un juego de azar no autorizado. Los repertorios de jurisprudencia dan cuenta de un caso así, en el que se consideró que se infringía el régimen de represión de los juegos de azar:

La venta de un artículo que encubre el derecho a participar en el azar de la tómbola, cuando el artículo no sólo representa en su costo y gasto de publicidad la cuarta parte del dinero que se cobra, pretextando la calidad del precio de venta, sino que en sí mismo es superfluo, carece de todo valor económico, instructivo o meramente moral, de toda utilidad individual o social y está destinado a servir directa y confesadamente a

base de apuestas, configura la infracción [...], sin que pueda alegarse que el concurso de premios en dinero es, en el caso, un medio de propaganda comercial que tienda a la colocación del producto.¹⁰

Un último aspecto a considerar es el que atañe a los juegos *online*. A este respecto, y en tanto Internet no podría tener regulación provincial que imponga barreras internas, se debería crear una autoridad federal de juegos que pudiera, en representación de todas las provincias y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, disponer la forma en la que el juego en red pudiera desarrollarse. Desde otra óptica, en tanto la actividad de juegos de azar en Internet no esté autorizada por ninguna de las jurisdicciones locales, se generaría un problema de competencia para el juzgamiento del delito (ver Fallos CSJN: 322:1142, *contrario sensu*), que en tanto afecta intereses que exceden los tribunales provinciales, da lugar a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Federal según la cual se trata de un asunto reservado a la jurisdicción federal (Fallos CSJN: 313:1467; 323:1534, entre otros).

Volviendo al eje de lo analizado en este apartado, encontramos entonces que en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires los juegos prohibidos serían aquellos no organizados por el Estado de la Ciudad, siempre que no entraran en las categorías de *autorizados* o *tolerados*. Rigen, a este respecto, las normas que dejamos transcritas a continuación:

Ley 538, Artículo 11.- Juegos de insignificancia económica.

La reglamentación de la presente ley debe fijar los montos y características de los juegos de apuesta que por su insignificancia económica se encuadren en los términos del artículo 8° de la ley 255.

Decreto 1591/02 Artículo 11.

Se consideran Juegos de insignificancia económica, a aquellos cuyos premios no sean en dinero y que su emisión no supere los cinco mil (\$ 5.000) pesos, no requieren autorización de la Autoridad de Aplicación. Su realización se debe comunicar a la Autoridad de Aplicación con una antelación de sesenta (60) días corridos a la fecha del evento.

Quedan excluidos aquellos concursos, sorteos o demás eventos con premios en dinero u otros bienes que tengan como finalidad promocionar empresas comerciales, industriales o de servicios.

10. Gómez, Eusebio, *op. cit.*, p. 277, con cita de la Cámara de Apelaciones en lo Penal de la Capital Federal, fallo del 22/7/1938.

Los juegos, rifas, apuestas públicas y similares, cuya emisión supere aquella cifra, u otorguen premios en dinero, deben ser autorizados por la Autoridad de Aplicación, en la medida que los fondos recaudados de su venta, sean aplicables a la construcción, reparación o equipamiento de locales hospitalarios o educativos o sirvan al financiamiento de viajes de estudios de alumnos de institutos de enseñanza que hayan sido autorizados expresamente por sus autoridades.

Ley 538, Artículo 14.- Juegos autorizados.

Los establecimientos educacionales, sanitarios u organizaciones sin fines de lucro pueden realizar rifas, concursos o kermesses, siempre que la organización, explotación, difusión, distribución, expendio y administración se encuentre exclusivamente a su cargo y no constituya una actividad habitual. La autoridad de aplicación debe establecer los requerimientos, su monto máximo y su sistema de control.

Decreto 1591/02, Artículo 14.

Los establecimientos educacionales, sanitarios u organizaciones sin fines de lucro que realicen rifas, concursos o kermesses, deben hacer saber a la Autoridad de Aplicación la realización de esos eventos, con una antelación no menor de sesenta (60) días corridos, de la fecha de realización o de iniciación de la venta de los billetes, lo que ocurra en primer término.

Dicha comunicación debe ser acompañada de la documentación y de la descripción esquemática de la rifa, concurso o kermesse.

En el caso que los billetes posean publicidad, el contrato respectivo debe ser agregado a la documentación que el realizador debe presentar, al comunicar la realización del evento.

Nos limitamos aquí al análisis de la legislación específica de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires porque así lo impone la lógica de esta obra colectiva. Sin embargo, en ese cada caso habrá de atenderse –como elemento normativo del tipo penal, al que aludiéramos en la rúbrica del apartado anterior, o como análisis de la antijuricidad, según otro criterio válido en la dogmática de la teoría del delito– la regulación local del lugar de comisión del delito, pues aunque la represión de los juegos de azar está ahora extendida desde el Código Penal a todo el territorio nacional, no pueden perderse de vista las particularidades propias de cada lugar, pues continúan siendo las provincias las que conservan la soberanía en materia de juego y su poder de policía (Fallos CSJN: 141:217).¹¹

11. Ver, en este mismo sentido, Héctor Rojas Pellerano, “Represión Penal del Juego de Azar”, en Aftalión, Enrique (dir.), *Tratado de Derecho Penal Especial*, Buenos Aires, La Ley, 1969, T. III, p. 464.

Se aplica además, en este aspecto, como pauta de exégesis del tipo penal, el artículo 1613 del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, que establece que “Los juegos, apuestas y sorteos reglamentados por el Estado Nacional, provincial, o municipios, están [...] regidos por las normas que los autorizan”.

Juegos de azar

Determinar cuáles son los juegos de *azar* es de capital importancia, porque son únicamente delictivos cuando operan clandestinamente, es decir, sin permiso de la autoridad; no entran, en cambio, entre las acciones prohibidas, otros juegos, aunque se desarrollen en clubes o lugares públicos, y por plata; por ejemplo, el ajedrez, el *bridge* y hasta el póquer, donde el que sepa jugar mejor le pueda ganar a otros, porque ninguno de esos juegos es de azar, aunque a veces algún jugador sea más hábil o tenga más suerte que los demás.

Los juegos de azar son juegos de álea, porque el resultado es incierto y no depende fundamentalmente de la habilidad del jugador, sino de la suerte: que el éxito de la apuesta sea producto de que salga un número cualquiera o determinada combinación de cartas (por ejemplo en el *black jack*).

La jurisprudencia nacional, en épocas en que tenían atribuida la competencia de la represión de los juegos de azar, materia regulada entonces por la Ley N° 4097 o por el Decreto-Ley N° 6618/57, entendía que eran juegos de esa naturaleza aquellos en los que “el azar prepondera sobre la habilidad o destreza”. Así por ejemplo consideraba que eran ajenos a las previsiones represivas la “taba”, el “póker”, el “tute” y el “truco”,¹² aunque respecto de este último existió algún criterio divergente, con fundamento en que si bien en algún juego de naipes influye en el éxito las condiciones subjetivas del jugador, en definitiva y entre adversarios leales, predomina el azar por las cartas que les toque en suerte a cada uno.¹³ Claro está que, en cualquier caso, la represión no alcanza, como ya explicamos, el juego de azar por mero esparcimiento.

12. Ver, por todos, Rojas Pellerano, Héctor, *op. cit.*, pp. 518-519.

13. Gómez, Eusebio, *op. cit.*, pp. 272-273, con remisión a un precedente del Superior Tribunal de Entre Ríos, del 27/08/48. Ver otros ejemplos citados por este autor en la p. 273.

Al menos la legislación de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires no contiene definición del concepto de juego de azar, pues directamente regula la categoría de “juegos de apuestas” (Ley N° 538), dentro de cuya definición legal se incluyen (art. 3, inc. a, de la Ley N° 538), tanto a los “... juegos de azar...”, como a los de “... destreza y apuestas mutuas...”.

Interpretamos, por rigor del principio de legalidad, que únicamente pueden considerarse reprimidos por el artículo 301 bis del Código Penal los juegos de azar no autorizados, pero no los de destreza, aun cuando estos últimos tampoco cuenten con autorización.

Por el contrario, ingresan a nuestro juicio en el concepto de juegos de azar aquellas apuestas que asumen terceras personas ajenas a un juego de destreza y en las que se hace acreedor a un pozo la parcialidad que acierta el ganador.¹⁴ Este criterio siguió el Decreto-Ley N° 6618/57, cuando incluyó en la definición de juegos de azar a “las apuestas sobre carreras de caballos fuera de hipódromo o del local donde sean autorizadas” (art. 2, inc. 2), e incorporó como infracción la conducta de “las personas que [...] explotaren apuestas sobre carreras de caballos, juegos de fútbol [...] y deportivos en general...” (art. 3, inc. 4) y la de “los dueños, gerentes o encargados de los locales donde se vendan o se ofrezcan al público boletos de apuestas mutuas” (art. 3, inc. 5).

El juego en ámbitos privados

La circunstancia de que cobre el que pone la casa o el ámbito donde se desarrolle la actividad lúdica no quita ni pone rey, porque no modifica las reglas; si no son juegos de azar, esta ganancia del organizador carece de relevancia. Es cierto que al cabo de los años en muchas oportunidades la policía llevó a cabo procedimientos por infracción a las leyes de juego, secuestrando cartas, fichas y dinero en efectivo, pero, una vez sometido el caso a los jueces penales, invariablemente se desestimó la existencia de conductas ilícitas. Esto ocurría porque la legislación anterior sancionaba este tipo de comportamiento siempre y cuando se llevaran a cabo en una casa de juegos de azar en la que se

14. “El análisis para un criterio divergente en torno a la distinción entre juego y apuesta”, en Madariaga, Miguel A. y Moras Mom, Jorge R., *Juegos de Azar. Represión de su explotación*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1957, p. 72 y ss.

admite público, ya sea por acceso libre o por afiliación o como socios. Si bien este requisito no está expresamente consagrado ahora en el artículo 301 bis del Código Penal, por las razones que señalamos precedentemente, entendemos que eso no autoriza a reprimir cualquier encuentro casual de jugadores, y por eso al final de este trabajo transcribimos un precedente jurisprudencial cuya pauta hermenéutica, si bien destinada a otro régimen legal, debe servir de análisis para la exégesis del actual tipo penal.

El juego de azar en familia o grupos cerrados que son concurrentes habituales

Algunas situaciones son de interpretación más compleja, porque se trata de auténticos juegos de azar, pero que tienen lugar en familia o en recintos donde se ingresa con autorización previa.

Los casinos prohibidos se caracterizan por permitir el acceso de personas indeterminadas y, obviamente, por desarrollar juegos de azar, como la ruleta; o con sorteos, con un beneficio para el organizador, que se queda finalmente con la ganancia que dejan las apuestas de quienes confían en la suerte.

La jurisprudencia nacional registra casos que si bien se interpretaron como infracción al régimen contravencional del juego, no podrían ahora ingresar en la categoría de delito ni siquiera en los casos en que la legislación local no regule la insignificancia o bagatela. Por caso, en una sentencia del 16 de mayo de 1924, cuando regía la Ley N° 4097, la Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal entendió, en abstracto, correctamente, que “la rifa es un juego análogo al de la lotería y sus organizadores, cuando carecen de la correspondiente autorización [...] incurrir en la sanción que la referida ley establece”. Sin embargo, el caso que allí se analizaba era de dos personas que, respectivamente, habían sorteado un fonógrafo y un violín.¹⁵

Claro que en materia de insignificancia sería prudente una regulación clara, en la medida en que también el repertorio de la Cámara del Crimen de la Capital registró casos que se consideraron infracción

15. Fallos de la CCC, T. 2, Fallo 494, p. 45.

al régimen del juego aun cuando “se arriesgan sumas ínfimas de centavos” para participar del sorteo de artículos de comercio “previa venta de números al público”, por entender que el entretenimiento “se encuentra al alcance de menores y gentes de escasos recursos, con lo que el perjuicio social que se trata de evitar se hace más intenso y posible”.¹⁶

Los jugadores

No cometen delito, si participan en el juego de azar ilegal exclusivamente en ese carácter. Pero se ha dado con relativa frecuencia que, para salvar a los autores del ilícito punible, mienten, porque entonces pueden cometer el delito de falso testimonio (art. 275 CP).

Consumación

No hay tentativa, porque basta con organizar el juego ilegal. Tampoco hay reiteración por la actividad desarrollada en la casa de juego ilegal. Pero, si quienes son autores vuelven a armar alguna de las actividades prohibidas, dando lugar a la formación de una nueva causa penal, sí darán pie para la aplicación del artículo 55 CP.

Jurisprudencia

No incurre en infracción el comerciante que como propaganda comercial cancela semanalmente el saldo del crédito acordado a los clientes para la compra de mercaderías en su negocio, cuando el número de carnet del crédito otorgado coincide con las cifras de la lotería nacional.

Infracción que se reputa cometida por cuanto el acusado cancela semanalmente el saldo del crédito acordado a un cliente para la compra de mercaderías en su negocio, cuando el número del carnet que se le otorga y en el que consta ese crédito, sus condiciones y las amortizaciones semanales, coincide con las tres últimas cifras del premio mayor de la lotería nacional que, semanalmente también, se sortea.

16. Fallos de la CCC, cit., Fallo 498, p. 49.

El crédito, una vez obtenido, tiene como finalidad exclusiva la compra de mercaderías que se entregan según las cláusulas de los carnets de fs. 1 y 9, al cancelarlos o cuando abonadas por lo menos cinco cuotas, se otorga una garantía a satisfacción de la casa y sin perjuicio de continuar la amortización del saldo.

La operación que se celebra, es pues, la de una compra-venta de mercaderías cuyo importe se abona a plazos, fijándose un descuento del 6% para todo el que abone totalmente el crédito al contado. El acreedor, con fines de propaganda comercial y fuera de las estipulaciones del contrato instrumentado en los carnets, dispone semanalmente la cancelación del saldo de un crédito acordado en las condiciones aludidas cuando se produce la situación señalada al principio, pero aquellos tenedores de carnets cuyos números no coinciden con las tres últimas cifras del premio de la lotería nacional, nada pierden de lo abonado y las obligaciones recíprocas pactadas en el contrato continúan en todo su vigor.

En consecuencia, sólo existe realmente una liberalidad o renuncia de los derechos del acreedor (art. 862 Cód. Civil) que voluntariamente exime del pago del saldo que podría exigir, de acuerdo con el contrato, pero las sumas entregadas con el objeto determinado y desde luego, extraño al juego, no quedan expuestas a ser perdidas como consecuencia de azar alguno.

El caso que se cita en la sentencia apelada es absolutamente distinto, toda vez que siendo el hecho imputado allí, una rifa, coloca a los poseedores de certificados que dan derecho a participar en las mismas, en la eventualidad de perder el importe abonado si las condiciones de su certificado no coinciden con las fijadas para caracterizar el premio.

Con la rifa se corre los riesgos propios del azar, perdiendo irremisiblemente el derecho del reintegro total de la suma abonada, caso de no obtener el premio, desde que esas son condiciones y la adquisición del título habilitante no tiene otro objeto que el de participar en el sorteo, sin otra compensación con absolutamente igual desembolso.

El hecho de autos no figura, pues, una lotería, una apuesta ni un juego de azar de la naturaleza de los previstos en la Ley N° 4097; no concurre tampoco la eventualidad de un perjuicio posible y conocido sobre la base de la incertidumbre que importa al azar, al que no obstante se somete el valor entregado para correr el riesgo de perderlo.

C.N. Crim. y Correc., Sala 3ª (Diaz - Luna Olmos - Pessagno). Causa “F. S.”, noviembre 15 de 1933.

No incurre en infracción, el comerciante que regala a los clientes de su negocio, bonos numerados para participar en la obtención de un frasco de perfume que se otorga al poseedor del bono cuyo número coincida con el premiado por la lotería nacional.

Según resulta de la indagatoria de fs. 9, los bonos que obran agregados a fs. 3 y fs. 5, el acusado los entrega a sus clientes gratuitamente, como obsequio para participar en las obtenciones, sin cargo, de un frasco de perfume, si las tres últimas cifras del premio mayor de la lotería nacional, en un sorteo que se determina, coinciden con la numeración de los bonos que son corridas.

Como se ve, el procedimiento no constituye un juego de azar a base de apuestas o por adquisición por precio del derecho a participar en el beneficio.

No hay desembolso de dinero ni existen sumas expuestas al juego, ni la posibilidad de perderlas ni de provocar perjuicio pecuniario por razón del azar.

No se ha probado ni afirmado que no sean exactas las aseveraciones del acusado, respecto de la gratitud absoluta en que los bonos se entregan, de manera que se carece de todo antecedente que autorice a dividir la confesión (art. 318 del Código Penal).

C.N. Crim. y Correc., Sala 3ª (Diaz - Luna Olmos - Pessagno). Causa “B. J.”, diciembre 8 de 1933.

No basta para constituir infracción el hecho simple de jugar por dinero a un juego de azar. Es necesario que ese juego se realice en una casa de la naturaleza de las indicadas en la ley.

Los procesados fueron sorprendidos en el almacén y despacho de bebidas, ..., jugando por dinero con dados a un juego denominado “pase inglés”.

El art. 2º de la Ley N° 4097 reprime a las personas que tuvieran una casa de juegos de azar en que se admita al público, y extiende la pena a los administradores, banqueros y empleados y a todos los que participen en el juego.

Este Tribunal ha establecido en jurisprudencia constante, que no basta para constituir la infracción el hecho simple de jugar a un juego de azar, sino que es necesario que ese juego se realice en una casa de la naturaleza de las indicadas en la ley (casos como “Juan Arditti”, resuelto en octubre 18 de 1917 y de “Genaro Larica”, de noviembre 16 de 1928).

En este caso, si bien está probado que se jugaba, no está demostrado que la casa calle sea una casa de juego aunque fuera disimulada bajo la apariencia de un almacén y despacho de bebidas, como la califican los empleados policiales que intervinieron.

En consecuencia, el hecho probado en autos no constituye la infracción por la cual vienen condenados los apelantes.

C.N. Crim. y Correc., Sala 2^a (Porcel de Peralta - Ramos Mejía - Díaz). Causa “S., J. M.”, diciembre 4 de 1934.

El juego de naipes denominado “tute” no es de azar.

En el presente caso, si bien la entrega de las fichas por F. hace pensar en la existencia encubierta de una casa de juego, el juego que practicaban los concurrentes no era un juego de azar, pues en él, si bien, como en todo juego, interviene el azar, predomina la habilidad de los jugadores.

C.N. Crim. y Correc., Sala 4^a (Ramos Mejía - Díaz - Nicholson). Causa “F.”, marzo 8 de 1938.

No procede aceptar como sistema lícito de propaganda, el derecho que se otorga al adquiriente de un artículo superfluo y cuyo valor real es muy inferior al que se cobra, para participar en un sorteo de premios en efectivo. Tal procedimiento configura la infracción del art. 4º inc. a) de la Ley N° 4097.

Mediante el pago de pesos, el acusado entrega un disco de cartón con hojuelas de papel que denomina “juego de salón” o “Tirygane” y que da derecho a participar en un sorteo de premios en dinero, obteniendo el ganador \$1.000 si la solución que debe enviar indicando una fecha, por mes y día, coincide con el que arroje la tómbola, u otros premios de \$500 a 5, las aproximaciones.

Se encubre así con la apariencia de la venta de un artículo el derecho a participar del azar de la tómbola, pues el artículo no sólo representa en su costo y gastos de publicidad (fs. 7) la cuarta parte del dine-

ro que se cobra pretextando la calidad de precio de venta, sino que en sí mismo es superfluo, carece de todo interés económico, de todo valor instructivo o meramente moral, de toda utilidad individual o social y está destinado a servir directa o confesadamente de base a apuestas, vale decir a juego en su finalidad ostensible y a tentar igualmente por la suerte premios en dinero en el curso ofrecido, lo que configura la infracción del art. 4 inc. a) de la Ley N° 4097.

Se alega que el concurso de premios en dinero es un medio de propaganda comercial que tiende a la colocación del producto en el mercado consumidor. Si se tiene en cuenta la naturaleza y particularidades del artículo que se dejan expuestos, la desproporción entre su valor de costo incluidos los gastos de publicidad que es propaganda, y su precio de venta, que arroja un 75% de utilidad, la carencia de interés efectivo del artículo en la vida del individuo y de la sociedad, y su destino, de fomento del juego, se advierte sin esfuerzo la impropiedad de toda alusión a un incentivo en el mercado consumidor.

C.N. Crim. y Correc., Sala 1ª (Vera Ocampo - Pessagno - Speroni). Causa "T.", julio 21 de 1938.

