



**LA ASOCIACIÓN PENSAMIENTO PENAL Y EL ANTEPROYECTO DE
CÓDIGO PENAL DE LA NACIÓN**

La **Asociación Pensamiento Penal** desea formular algunas observaciones respecto del Anteproyecto de Código Penal de la Nación, en el marco de la instancia de debate promovida por la Comisión presidida por Eugenio Raúl Zaffaroni.

En primer lugar corresponde poner de relieve desde qué lugar realizamos las observaciones, ya que no existe neutralidad frente a la ley en general y a la ley penal en particular. Omitir este dato puede implicar encubrir los verdaderos propósitos del interlocutor. Adherimos a la corriente de opinión que postula que hablar de derecho penal es, básicamente, hablar de prisión. Y que hablar de prisión es hablar de aplicación deliberada de dolor. Dolor que, generalmente, es infligido sobre los sectores más vulnerables de la población.

Por eso acompañamos la idea de que es ineludible procurar una racionalización del ejercicio del poder punitivo, reservando la respuesta más violenta con la que cuenta el Estado –la pena de prisión– para los conflictos de mayor gravedad.

Lo precedente no implica desentenderse de los problemas de menor impacto dentro del universo de delitos que componen el elenco de la ley penal. Mucho menos sostener una posición –como se sugiere desde algunos ámbitos– que abogue por la impunidad. No existe sistema penal en el mundo que pueda reaccionar con cárcel frente a todos los conflictos. Un planteo de esa índole sería irracional, impracticable e inviable.



ASOCIACIÓN PENSAMIENTO PENAL

Estamos convencidos que la estrategia de resolución de casos de menor intensidad por vías alternativas (conciliación, mediación, reparación, suspensión del proceso a prueba), no sólo evita la experiencia de la prisión; sino que brinda respuestas más rápidas y satisfactorias para las víctimas: **las personas eternamente olvidadas en el proceso penal, a quienes el Estado expropia su conflicto, y pretende imponerles qué es lo mejor y más conveniente para sus intereses.**

Nuestra propuesta persigue restituir a las víctimas su lugar protagónico en el conflicto que las afecta, y brindarles la oportunidad de ser oídas, contenidas y que tengan acceso a una respuesta más edificante para su problema que – insistimos– no es necesariamente la prisión.

Este es el paradigma desde el que desarrollamos estas observaciones.

Observaciones que han sido elaboradas lejos del lenguaje académico y técnico. No hacemos esta aclaración desmereciendo esos espacios, pues nos hemos formado y nos valemos a diario de la producción teórica y práctica que, alejada de todo tipo de abstracciones artificiosas, muestra compromiso en aminorar y racionalizar los efectos reales del sistema penal.

Sucede que desde hace un tiempo a esta parte, la **Asociación Pensamiento Penal** –al igual que otras agrupaciones y actores– procura transmitir en distintos medios de comunicación, un punto de vista distinto al que ofrecen otros sectores de la dirigencia política que promueven la implementación de normas y soluciones jurisdiccionales abiertamente enfrentadas con los estándares que derivan de la Constitución y el derecho internacional de los derechos humanos.



ASOCIACIÓN PENSAMIENTO PENAL

Hechas estas aclaraciones sólo resta señalar que este trabajo ha sido realizado en gran medida por integrantes de APP Buenos Aires. Concretamente, por Mariana Cahn, Julián Aristimuño, Ana Cecilia D'Ambrosio, Ignacio Racca, Mariana Aragno, Cristian Penna, Enzo Finocchiaro, Rafael Pasman, Gustavo Caruso y Sebastián Amerio. Valga nuestro reconocimiento para ellos.

Adrián N. Martín

Presidente

Fernando Gauna Alsina

Secretario Gral.



INDICE

- 1. LA SUPRESION DE LA PRISION PERPETUA Y LÍMITE MÁXIMO DE TREINTA AÑOS DE PRISIÓN**
- 2. LA APLICACIÓN DE PENA POR DEBAJO DE LOS MINIMOS PENALES**
- 3. LA INCLUSIÓN DE LA CULPA TEMERARIA**
- 4. EL RETROCESO CON RELACIÓN AL CONCEPTO DE ARMA**
- 5. LA AUSENCIA DE UN RÉGIMEN PENAL DE NIÑOS, JÓVENES Y ADOLESCENTES**
- 6. LA VIGENCIA DE LA REINCIDENCIA**
- 7. LA (DESIN)CRIMINALIZACIÓN DEL ABORTO**
- 8. LA SUSPENSIÓN DEL PROCESO A PRUEBA**
- 9. EL AUMENTO DE LA ESCALA PENAL EN LA TENTATIVA**
- 10.LA INTIMIDACIÓN Y EL ARMA SIMULADA EN EL DELITO DE ROBO**
- 11.LA PERSERVERANCIA DE LA ASOCIACION ILICITA**
- 12.EL DELITO DE FALSIFICACIÓN DE MARCAS Y DESINGACIONES**
- 13.EL DELITO DE ENCUBRIMIENTO**
- 14.FALSIFICACIÓN DE DOCUMENTOS EN GENERAL**



1. LA SUPRESION DE LA PRISION PERPETUA Y LÍMITE MÁXIMO DE TREINTA AÑOS DE PRISIÓN

El anteproyecto de reforma del Código penal (artículo 21.1) expresa que la prisión es una pena que se limita a la libertad ambulatoria del condenado, (implica que no compromete otros derechos) y establece que *el máximo de la pena es de treinta años*. Además fija dos límites máximos para el concurso real de delitos: el del doble del máximo de la pena más grave y el de treinta años mencionado en el artículo 21 (artículo 12.2).

Esto significa que se elimina la pena de prisión perpetua, que en sentido estricto era meramente nominativa, ya que el condenado tenía la posibilidad de recuperar la libertad una vez que cumplía período de encierro compatible con la gravedad de los hechos por los que se imponía esta penalidad (veinte años de prisión), no obstante que la sola idea de perpetuidad es contradictoria con el fin constitucional de resocialización de las penas.

Con el Código Penal vigente, la pena de prisión puede llegar hasta los cincuenta años (concurso real de delitos), escala que fue alterada por las reformas de la llamada “Ley Blumberg”, sancionadas bajo la presión de una campaña mediática sin precedentes. La imposición de una pena de estas características significa recluir casi toda la vida natural a una persona, que en los hechos constituye una pena de muerte encubierta. Como tal, es cruel, inhumana y degradante, y susceptible de ser tachada de inconstitucional y anti-convencional.

No resiste el menor análisis que una persona que comete varios delitos comunes (por ejemplo: veinticinco hurtos), sea sancionado con una pena mayor que la que le correspondería a los autores de genocidio o desaparición forzada de personas. Su aplicación colisiona con el principio de culpabilidad por el acto, con la legalidad estricta y con la división de poderes, todos principios inherentes al estado democrático y republicano de derecho.



Si la ejecución de la pena privativa de la libertad tiene por finalidad lograr que el condenado adquiera la capacidad de comprender y respetar la ley procurando su adecuada reinserción social (artículos 1, primer párrafo de la ley 24.660; 5.6 C.A.D.H. y 10.3 PIDCyP), la disposición del artículo 55 –según texto de la ley 25.928– es totalmente incompatible con esa finalidad.

Así se ha expedido gran parte de la doctrina y jurisprudencia. Entre ellos, el Fiscal de la Cámara Federal de Casación Penal, Javier De Luca, quien sostuvo que en los hechos este tipo de pena significa la restauración de la pena de muerte en dosis, e importa prácticamente agotar la expectativa de vida de una persona según el promedio nacional; todo ello sin contar con el efecto deteriorante casi irreversible que implica semejante grado de institucionalización total¹.

Eugenio Raúl Zaffaroni señaló que *“no es posible entender qué posibilidad de readaptación social puede tener una persona si en la mayoría de los casos al término de la pena ya no será persona por efecto de la muerte o, incluso en los excepcionales casos en que tal evento no se produzca, se reincorporará a la vida libre cuando haya superado la etapa laboral, además de cargar con la incapacidad del deterioro inocuizante de semejante institucionalización”*².

Con el dictado de la ley 26.200 fueron incorporados a nuestro ordenamiento las más graves conductas contra la humanidad: genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra (artículo 5 del Estatuto), que sin duda son los crímenes más aberrantes que puedan cometerse.

¹ Dictamen N° 6313 en la Causa N° 15156 de la Sala I de la C.F.C.P. “ALVAREZ ALBARRACIN, Fabricio s/recurso de casación”.

² “El máximo de la pena de prisión en el derecho vigente” Revista Jurídica La Ley “on line”, Doctrina.



En la exposición de los fundamentos³, la comisión redactora del Anteproyecto manifestó que si bien la Corte Suprema, por mayoría, sostuvo que la indefinición del máximo de la pena privativa de la libertad no plantea una cuestión constitucional, debe entenderse que en virtud de la introducción en nuestra legislación penal de los delitos del Tratado de Roma por medio de la ley 26.200, que prevé como pena del genocidio la de treinta años de prisión, ha impuesto un nuevo máximo, dado que es imposible imaginar un crimen de mayor contenido ilícito que éstos.

Ésta ha sido la postura asumida por Zaffaroni⁴, en cuanto refiere que *“Cualquiera haya sido la interpretación y discusión en torno del Art. 55 del Código Penal en la versión de la ley 25.928, o las contradicciones generadas por la prolongación del plazo para el pedido de libertad condicional de la ley 25.892, después de la ley 26.200 cabe entender que el límite de esas disposiciones ha vuelto a ser el de veinticinco años y de veinte años respectivamente, pues lo contrario importaría admitir que la pluralidad de cualquier delito es más grave o tan grave para la ley argentina que la destrucción de millones de vidas humanas.”*

Esta desproporción desde el punto de vista de las sanciones penales genera serios cuestionamientos relativos a la magnitud real y efectiva de lesión a los bienes jurídicos dentro del ordenamiento, convirtiéndola en una pena cruel, infamante e inusitada, prohibida por el artículo XXVI de la Declaración Americana de los Derechos del Hombre.

El T.O.C. 1 de Necochea, en un caso donde se planteó la inconstitucionalidad de la prisión perpetua, ilustró la cuestión de la siguiente

³ Conf. Pág. 100 del Anteproyecto <http://www.infojus.gob.ar/images/libros/anteproyecto-codigo-penal.pdf>

⁴ “Estévez, Cristian Andrés o Cristian Daniel s/ robo calificado por el uso de armas” (Causa n° 1669/1687C. E. 519. XLI.)



manera: *“la imposición de una pena de prisión perpetua importa agotar su expectativa de vida en la cárcel, por lo que se trata de un equivalente a la pena de muerte, que ha sido expresamente derogada de nuestro ordenamiento jurídico (ley 26.394), pena que, como es sabido, no puede ser restablecida⁵”*.

Es que una condena de estas características resulta a todas luces irracional, teniendo en cuenta que la prisión es utilizada en la actualidad como una especie de depósito en la que se segrega a individuos supuestamente peligrosos en nombre de la seguridad pública. La cárcel es sencillamente un lugar de aflicción -a veces de real tortura física y psíquica- y de violación de los derechos a los ciudadanos presos. A eso se suma su carácter inicuo desde el punto de vista de la composición social, ya que la prisión, hoy como ayer, queda esencialmente como un lugar reservado a los sustratos sociales más débiles y pobres de la sociedad⁶.

Por todo ello, sin perjuicio que dejamos de lado las discusiones sobre la necesidad o utilidad de la pena, son bien recibidos los cambios teniendo en cuenta que es sumamente necesaria una reforma legislativa que reestructure nuevamente las escalas penales en el Código Penal, que han sido desmanteladas paulatinamente mediante demagógicas leyes de emergencia. Resulta inconcebible, a la luz de los principios constitucionales e instrumentos internacionales que gozan de igual jerarquía, que a una persona, por más aberrante que sea el delito cometido, se la destine a morir en la prisión.

De esta manera, la comisión que redactó el Anteproyecto, viene a terminar con la discusión sobre la perpetuidad de la pena y fija de modo expreso el máximo de prisión en treinta años, dándole nuevamente armonía,

⁵ Expte. TC N° 4850-0039, “Etcheverry, Daniel Ricardo...”, del 13 de mayo de 2013.

⁶ Pérez Cepeda, Ana Isabel, “La seguridad como fundamento de la deriva del Derecho Penal Postmoderno” 1era. Edición, Ed. lustel, Madrid, Pág. 477.



coherencia y proporcionalidad a los montos punitivos alterados incansablemente en el texto del Código Penal.

Ahora bien, consideramos que es susceptible de ser revisado que si treinta años es la pena máxima previsible para los delitos más graves concebidos por la humanidad, ese no puede ser el tope para un delito común, por más grave que se lo considere. En el contexto que propone el anteproyecto, un delito común podría ser sancionado con la misma intensidad que un delito de lesa humanidad. Mantener esta equiparación supone un desarreglo axiológico, incompatible con la economía de un código, que debe responder a los requisitos de unidad, sistematicidad y coherencia.

2. LA APLICACIÓN DE PENA POR DEBAJO DE LOS MINIMOS PENALES

El artículo 19.2 del Anteproyecto regula tres supuestos en que el *juez puede prescindir de la pena o bien imponerla por debajo del mínimo* de la escala legal:

1) **Pena natural en hechos culposos:** según se desprende de los fundamentos, la Comisión estableció que “por lo general se trata de casos dramáticos, en los que el agente ha sufrido consecuencias sumamente dolorosas⁷”. De esta manera, el texto proyectado menciona específicamente que procede *cuando las consecuencias hubieren afectado gravemente al autor o partícipe*.

Se procura poner un límite a la irracionalidad del poder punitivo, en aquellas situaciones donde el simple desencadenamiento de los hechos originó una cuota de dolor en el sujeto, que además es sometido a proceso, siendo

⁷ Conf. Pág. 94 del Anteproyecto <http://www.infojus.gob.ar/images/libros/anteproyecto-codigo-penal.pdf>



desproporcionado adicionar un castigo sin tener en consideración el sufrimiento ya padecido.

2) Cuando el agente fuere parte de un pueblo originario, el delito se hubiere cometido entre sus miembros y hubiese recibido una sanción por sus pares. Consideramos que es un avance significativo que tiende a respetar y salvaguardar los derechos de los pueblos originarios, demanda que no había tenido una respuesta adecuada en nuestra legislación pese a contar con la protección constitucional.

Las culturas originarias cuentan con mecanismos propios de resolución de conflictos que difieren de nuestra cultura. Por lo tanto, en aquellos casos donde el delito se cometió dentro de sus tribus o comunidades y el imputado recibió sanción de su pueblo, activar el aparato estatal para reprimir esas conductas implicaría una doble punición. El juez, teniendo en cuenta la gravedad del hecho, podrá prescindir de la pena o aplicarla por debajo del mínimo, procurando equilibrar la sanción con los derechos fundamentales de las comunidades originarias reconocidos en la Carta Magna.

3) Cuando la conducta fuere conforme a la respectiva cultura originaria. Este supuesto está relacionado con la capacidad de comprensión de los miembros de pueblos originarios respecto de una conducta criminal. Es decir, si es posible y hasta qué punto se le podría reprochar una conducta anti-normativa que nunca ha sido internalizada. En esos casos, se faculta al juez a prescindir de la pena o imponer una por debajo del mínimo, con excepción de los supuestos de delitos contra la vida, la integridad física o la integridad y la libertad sexuales, *pero incluso éstos sólo en la medida en que importen una lesión grave a la dignidad humana*⁸. Con lo cual, según los fundamentos de la comisión, también será posible

⁸ Conf. Pág. 95 del Anteproyecto <http://www.infojus.gob.ar/images/libros/anteproyecto-codigo-penal.pdf>



en el caso concreto fijar una pena por debajo del mínimo en los supuestos enumerados sin que su impunidad afecte la dignidad humana.

Son supuestos en que la conducta es realizada conforme a las costumbres emanadas de la cultura originaria, donde la sanción penal afectaría no solo el principio de culpabilidad sino también que desconocería la protección constitucional e internacional de sus derechos.

Por otra parte, el artículo 19.3 establece que *el juez podrá* determinar la *pena por debajo del mínimo* previsto en la escala conminada, en los siguientes casos:

1) **Menor significación:** admite, de modo expreso, la posibilidad de alejarse del mínimo legal cuando la afectación al bien jurídico, por lesión o peligro, sea de una significación tal que aplicar una pena en el caso concreto vulneraría los principios de culpabilidad y proporcionalidad.

2) **Pena natural en hechos dolosos.** La Comisión redactora entendió que se dan los mismos elementos que en el inciso anterior respecto a los hechos culposos. No se trata sólo de una consecuencia grave para el penado, sino que se exija además una significativa desproporción *entre la lesión sufrida por el agente y la causada por éste al bien jurídico*, como puede ser el caso de un robo en que el agente sufre una lesión gravísima que lo incapacita para el resto de su vida⁹.

3) **Penas o lesiones ilícitas infligidas por funcionarios.** Este supuesto es consecuencia de la lamentable actualidad de las cárceles de nuestro país y las condiciones inhumanas de detención que sufren los internos, quienes a lo largo de todo el territorio nacional son sometidos a malos tratos, vejaciones y torturas, situaciones que comúnmente gozan de impunidad ante la falta de un sistema eficaz para denunciar e investigar estos abusos.

⁹ Ídem, Pág. 96.



Parecería que el artículo 18 de la Constitución Nacional, el cual afirma que *"Las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas"*, ha caído en desuso para dar lugar a un nuevo paradigma que no persigue la resocialización sino la neutralización de "indeseables sociales". Como señala Zaffaroni¹⁰, la pena se dirige a la persona criminalizada, pero no para mejorarla sino para neutralizar los efectos de su inferioridad, a costa de un mal para la persona, pero que es un bien para el cuerpo social.

El Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS)¹¹, señaló que *"las causas de las muertes en prisión reflejan el modo en que se vive en los lugares de detención. Muchas de las formas de esas muertes muestran las violaciones de derechos que allí se cometen y la brutalidad, la incertidumbre o la enajenación a las que pueden ser sometidas las personas privadas de libertad"*.

La inexistente y deficiente respuesta judicial frente a hechos constitutivos de violencia institucional en la República Argentina ha sido observada por organismos internacionales de derechos humanos¹².

Para responder a la inacción estatal, la Procuradora General de la Nación, Alejandra Gils Carbó, dotó al Ministerio Público Fiscal de dispositivos que desde su estructura impriman una mayor eficacia y eficiencia en las

¹⁰ Zaffaroni, Eugenio Raúl, Alagia, Alejandro y Slokar, Alejandro, "Manual de derecho penal parte general", Ed. Ediar, Buenos Aires, segunda edición, 2002, página 64.

¹¹ Centro de Estudios Legales y Sociales "Derechos humanos en Argentina Informe 2013", Ed. Siglo XXI, Pág. 281

¹² Por medio del Protocolo Facultativo a la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, se creó el Subcomité para la Prevención de la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, quienes en el año 2012 realizaron una inspección en diversos penales de la provincia de Buenos Aires y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y a partir de dicha experiencia elaboraron un informe con diversas recomendaciones.



investigaciones y juzgamientos de delitos de esta gravedad; al tiempo que, con el objetivo de potenciar la actividad persecutoria en esta materia, dispuso la creación de la Procuraduría de Violencia Institucional (PROCUVIN)¹³.

Más allá de la voluntad estatal para combatir sus propios excesos, creemos que la inclusión de este apartado es una mínima respuesta hacia quien las padece, pero de modo alguno evitaría que se lleven a cabo. Es que resulta lamentable que el mismo texto de la ley penal prevea una disminución de la pena por las lesiones que provoquen sus agentes, pero es respetable la intención de un cambio y la visibilización de esta problemática.

Ahora bien, ya hemos expuesto todas las alternativas que tiene que considerar el magistrado a la hora de imponer una pena o prescindir de ella, pero creemos que esta enumeración no ha sido taxativa, existiendo un universo de supuestos que permitirían disminuir el reproche por debajo del mínimo legal.

Así lo ha entendido la comisión redactora, que en modo expreso aclaró que *“en este artículo se proyecta abarcar un conjunto de supuestos de diferente naturaleza jurídica, que pueden provocar exención de pena o imposición de ésta por debajo del mínimo de la escala legal, sin pretender un enlistado exhaustivo, pues resulta imposible imaginar todos los supuestos en que la pena en concreto pueda resultar desproporcionada incluso en su mínimo grado”*¹⁴.

Gran parte de la doctrina y cierto sector de la jurisprudencia nacional venían sosteniendo que este proceder era totalmente necesario en pos de respetar garantías constitucionales. Tradicionalmente ha sido la postura de Zaffaroni, Alagia y Slokar, la cual compartimos, quienes manifestaron que

¹³ Conf. PGN 455/2013 <http://www.mpf.gov.ar/resoluciones/pgn/2013/PGN-0455-2013-001.pdf>

¹⁴ Conf. Pág. 92 del Anteproyecto ya citado <http://www.infojus.gob.ar/images/libros/anteproyecto-codigo-penal.pdf>



cuando la aplicación del mínimo de la escala penal del delito de que se trate diese por resultado una pena que no guarde un mínimo de proporción con el grado de culpabilidad del agente, *“el tribunal deba apartarse del mínimo hasta lograr una pena adecuada a la culpabilidad del hecho”*¹⁵.

En este sentido, la Corte Suprema entendió que *“son incompatibles con la Constitución las penas crueles o que consistan en mortificaciones mayores que aquellas que su naturaleza impone (Art. 18 de la Constitución Nacional), y las que expresan una falta de correspondencia tan inconciliable entre el bien jurídico lesionado por el delito y la intensidad o extensión de la privación de bienes jurídicos del delincuente como consecuencia de la comisión de aquél, que resulta repugnante a la protección de la dignidad de la persona humana, centro sobre el que gira la organización de los derechos fundamentales de nuestro orden constitucional”*¹⁶.

Por su parte, el Fiscal ante la Cámara de Casación Penal, Javier De Luca, solicitó que se aplique una pena por debajo del mínimo al sostener que *“al momento de individualizar la pena aplicable, el principio de culpabilidad impone que la sanción sea proporcionada al hecho cometido y que aquél principio impide que se aplique una pena mayor a la culpabilidad del imputado...en consonancia con lo antes dicho, entiendo que en el presente, se patentizó una inequidad manifiesta pese a que se le impuso a Ríos el mínimo de la pena para el delito enrostrado, porque éste devino desproporcionado en el caso a la culpabilidad por el hecho”*.¹⁷

Los diversos pronunciamientos que perforaron los mínimos penales procuraron adecuar la respuesta punitiva con la culpabilidad por el hecho, principio rector que menciona expresamente la Comisión redactora del

¹⁵ Zaffaroni, Raúl E., Op. Cit., Pág. 955.

¹⁶ Fallos: 314:424 “Pupelis”

¹⁷ Dictamen N° 7285 en Causa N° 16.261, Sala II de la CFCP, “Ríos, Mauricio David s/recurso de casación”.



Anteproyecto, y que, esperamos que el legislador comprenda que ello debe ser reflejado en nuestro ordenamiento jurídico.

Es que el conocimiento de las causas judiciales compete exclusivamente a los jueces y no al legislador quien no puede indicar cuál es el mínimo de culpabilidad. No se trata de inmiscuirse en tareas legislativas, sino que el juez debe hacer primar las normas constitucionales que son vulneradas por los topes establecidos por el legislador, ya que en modo alguno pueden contradecir principios de lesividad, proporcionalidad, humanidad, de buena fe y pro homine, rectores de una justicia democrática y republicana.

Finalmente, y no menos importante, es necesario destacar que la filosofía de estos principios generales hace suponer que la posibilidad de perforar los mínimos de las escalas penales es ilimitada, que es lo que establecen los principios que informan al anteproyecto (artículo 1), y más específicamente los de culpabilidad (apartado b) y humanidad, personalidad y proporcionalidad de las penas (apartado d) que, recordamos, deben ser aplicados *con rigurosa observancia*.

3. LA INCLUSIÓN DE LA CULPA TEMERARIA

El artículo 83.2 establece que: **Si el resultado fuere plural, o si la infracción al deber de cuidado fuere temeraria, el máximo de la pena de prisión será de ocho años.**

En primer lugar, debemos aclarar que en el Código Penal vigente, el aspecto subjetivo del tipo puede ser a título de dolo o culpa, siendo el denominado dolo eventual una creación doctrinaria. El dolo eventual, es el caso del sujeto que, pese a no querer el resultado lesivo, tiene conocimiento que con su



accionar podría causarlo y obra en consecuencia. Pese a no existir intención de producir un resultado dañoso, a la hora de individualizar la pena, será sancionado con la correspondiente a una conducta dolosa. Para graficar la diferencia desde el punto de vista de la respuesta penal, basta mencionar que el homicidio doloso se encuentra sancionado con una pena de 8 a 25 años de prisión mientras que el homicidio culposo tiene una penalidad de 6 meses a 5 años de prisión.

El Anteproyecto de Código Penal ha previsto esta situación creando una categoría intermedia entre el dolo y la culpa, que denomina “culpa temeraria” (solamente los contempla para los delitos contra las personas), con penas que se ubican en la franja intermedia de los delitos culposos y dolosos. Mientras que el homicidio culposo regresa a la vieja escala de 1 a 3 años de prisión y se mantiene el homicidio doloso con la pena de 8 a 25 años de prisión, los producidos con “culpa temeraria” pueden recibir penas de 3 a 8 años de prisión.

Uno de los casos paradigmáticos donde se trató esta cuestión fue el de Sebastián Cabello, que años atrás conducía a altas velocidades un vehículo preparado para picadas. En esos menesteres (corriendo carreras por la vía pública) embiste un pequeño vehículo en que viajaba una madre con su hija, produciéndoles la muerte a ambas. En primera instancia Cabello fue condenado con una elevada pena aplicando la fórmula del dolo eventual. Llegada la causa a la instancia de apelación se revocó la sentencia aduciendo que no se había demostrado que Cabello hubiese querido la muerte de las víctimas, aplicándole la máxima pena prevista para el delito culposo¹⁸.

Entonces, creemos que es positiva la incorporación de la categoría de la culpa temeraria, que abarca a las conductas que sin llegar a ser dolosas, tienen

¹⁸ Nota que puede leerse en <http://www.pensamientopenal.org.ar/que-es-el-dolo-eventual-por-mario-alberto-juliano/>



una gravedad que exigen distinguirlas de la mera imprudencia, negligencia o incumplimiento de deberes. Es que si se pretende tratar como un hecho doloso a aquellos en los que el sujeto actúa con temeridad, no sólo se vería afectado el principio de legalidad, sino también los principios in dubio pro reo y pro homine por la mera circunstancia que la interpretación que se realiza es en perjuicio del sujeto sometido a proceso.

La misma Comisión redactora reconoce que se trata de una discusión doctrinaria que lejos está de resolverse¹⁹, pero lo cierto es que la introducción de la culpa temeraria al texto normativo y su aplicación en estos casos concretos, sería más respetuosa de las garantías constitucionales avasalladas indiscriminadamente por la demagógica aplicación del dolo eventual.

Finalmente, debemos expresar nuestro desacuerdo con el aumento en la escala penal, que coincide con el mínimo de la pena del homicidio. Es que por un lado la Comisión redactora menciona expresamente que debe darse un tratamiento diferenciado a los hechos cometidos temerariamente (sin dolo), pero resulta que le aplica la misma pena. Tal como sostuvo Mario Juliano²⁰ en su crítica razonada al APCP, *“nos preocupa el elevado monto de pena (8 años) para el resultado plural del homicidio culposo (más de una víctima fatal). Consideramos que el resultado no deseado, producido por imprudencia, negligencia o incumplimiento de un deber reglamentario, no puede tener semejante respuesta punitiva, equivalente al mínimo del homicidio doloso...”*.

Más allá del repudio que nos generan los hechos cometidos por culpa grave o temeridad, resulta desproporcionado que al autor de un homicidio

¹⁹ Conf. Pág. 175 del Anteproyecto ya citado <http://www.infojus.gob.ar/images/libros/anteproyecto-codigo-penal.pdf>

²⁰ Jornadas de debate llevadas a cabo en la provincia de Catamarca el día 11 de abril de este año en la Universidad Nacional de Catamarca.



culposo se le aplique una pena de 8 años de prisión, mismo castigo que le correspondería a una persona que le quita la vida a otro de forma intencional.

4. EL RETROCESO CON RELACIÓN AL CONCEPTO DE ARMA

¿Qué es un arma?

La respuesta a tal interrogante debería ser sencilla. Sin embargo, desde la dogmática penal argentina sabemos que el espectro de respuestas puede derivar en soluciones tan diversas como desde un rifle hasta un destornillador. La discusión que agrupó, como tantas otras veces, a la doctrina minoritaria con la jurisprudencia dominante, fue la que asimila el “arma propia” a las “impropias”. De esta manera, mientras que por un lado tenemos a los dispositivos creados con el fin de lesionar o matar, por el otro contamos con elementos que eventualmente podrían contar con dicha capacidad, más allá de que su utilidad real sea otra.

El problema que se ha suscitado en reiteradas ocasiones en los tribunales argentinos radica en la extensión del concepto de arma a supuestos extravagantes: una bufanda, un libro, una baldosa. Esta aplicación analógica y extensiva de la ley penal, es violatoria de diversos principios que rigen la materia, como son los de máxima taxatividad y estricta legalidad. Básicamente implica que, a los fines de evitar arbitrariedades por parte de los juzgadores, deben atenerse a la letra de la ley, y en modo alguno pueden ir más allá de lo que les permite.

El ordenamiento jurídico actual prevé, aparte de la utilización de violencia propia del delito de robo, diversos elementos que pueden agravar la pena de la figura simple: armas (un cuchillo, una ballesta), armas de fuego, armas de fuego cuya aptitud para el disparo no pueda tenerse por acreditada (pues ante la duda, debe estarse a lo más favorable para el encausado) y armas de utilería



(es decir, un objeto que simula ser un arma, en búsqueda de engañar al sujeto pasivo del hecho).

Sin embargo, la jurisprudencia ha creado sistemáticamente una posibilidad más. Se trata del referido concepto de “arma impropia”, que asimila a la primera categoría de “armas” en general. Este supuesto, cabe destacar, **no fue previsto por el legislador**, pero su aplicación puede verse a diestra y siniestra en los tribunales.

El problema con el que nos encontramos ahora es que, a partir de la codificación recientemente propuesta, ya no podemos afirmar que tales supuestos no hayan sido previstos por la legislación. Veamos los artículos 63.4.rr y 141.2.a del anteproyecto.

- **Por “arma” debe entenderse la destinada por su naturaleza a lesionar gravemente o matar como también cualquier otro objeto con similar capacidad.**
- **Se aplicará prisión de TRES (3) a DOCE (12) años:**
 - a) Si el robo se cometiere con arma real o simulada.**

No podemos sino oponernos a la equiparación del arma real o simulada. En la figura analizada, el legislador busca penalizar con mayor dureza a quien pretende hacerse del patrimonio que no es suyo, mediante la utilización de violencia; por ende, el énfasis mayor debe hacerse respecto de esta última parte, es decir, la mayor o menor utilización de violencia. Por eso, no se entiende cómo puede significar lo mismo cometer un robo con un arma de fuego y con una pistola de agua de color negro, cuando el peligro efectivamente corrido por la víctima es distinto: recibir un disparo o mojarse. De hecho, la legislación actual reconoce que éstos son dos supuestos absolutamente distintos, previendo una pena menor para el segundo, porque el sujeto pasivo no corre un real peligro.



En el anteproyecto no se efectúa ninguna diferencia. Al Estado le da lo mismo si el robo se cometió con arma real o simulada. Esto, de por sí, ya es un problema grave. Sin embargo, el motivo central de este estudio recae sobre la equiparación de las armas “impropias” respecto de las “propias”; pues del apartado de significación de los términos se desprende que el concepto de “arma” no debe limitarse a los elementos creados con el fin de matar o lesionar, sino que debe extenderse a “cualquier otro objeto con similar capacidad”. El inconveniente con tal redacción es evidente. Un repasador, un vaso, un parlante de computadora, son todos objetos que, utilizados de determinado modo, pueden lesionar. Eso no significa que sea necesario ir más allá de la figura simple del robo que, precisamente, **ya prevé la aplicación de violencia como medio escogido por el autor.**

Creemos que si lo que al legislador le concierne es la utilización de objetos no creados con propósitos fatales en los delitos contra la propiedad, podría haberse optado por el agravante sólo ante la posibilidad cierta y efectiva de que la víctima corra peligro de muerte (por ejemplo, si se la amenaza con una jeringa que contenga sangre infectada de SIDA). Es decir, si la violencia atraviesa el umbral “común” de esta maniobra delictiva y realmente pone en peligro la vida de una persona, el legislador puede optar por sancionar de modo más severo tal conducta. A tal respecto, el anteproyecto incluye esa posibilidad en el artículo 141.3. Pero, y a esto nos dirigimos, el agravante debe transitar por el peligro concreto que sufrió la víctima, y **no por el amor al arte de agravar y castigar.**

De continuarse con la postura mayoritaria de la jurisprudencia, receptada en esta sistematización, nos enfrentamos ante la posibilidad cierta de extender el campo punitivo a cualquier supuesto, dejando para la figura del robo simple el hecho en el que el agresor no lleve nada consigo mismo (siempre y cuando a ningún genio se le ocurra que los puños pueden constituir un arma). El peligro de esta interpretación no es menor, pues la seguridad jurídica, la libertad, y el



derecho a la igualdad se encuentran en juego. Los principios elementales de las ciencias penales, como resulta ser el de legalidad, deben servir como guías fundamentales y como vallas contenedoras del poder punitivo. Desafortunadamente, conocemos perfectamente como continúa el camino contrario; es decir, el de la analogía y las interpretaciones extensivas. Solo a través de la debida caución legislativa puede evitarse desembocar en esos prados; razón por la cual nos oponemos a la incorporación del “arma impropia”, o “arma que no es arma”, a la nueva propuesta de código penal.

5. LA AUSENCIA DE UN RÉGIMEN PENAL DE NIÑOS, JÓVENES Y ADOLESCENTES

El anteproyecto de reforma del Código Penal –en tanto proyecto que procura codificar y/o agrupar todas las normas penales– no pretende modificar –ya sea en su propio articulado o a través de un apartado y/o anexo en especial– el régimen actual en materia de niños, jóvenes y adolescentes en infracción con la ley penal, lo que es urgente por varios motivos.

El sistema vigente está regulado por el Decreto-Ley 22.278 (“Régimen Penal de la Minoridad”) sancionado durante la última dictadura militar, en línea con el paradigma de la **situación irregular de la infancia**.

Si bien establece que no son punibles las personas menores de dieciséis años, como así tampoco las que sean menores de dieciocho años respecto de delitos de acción privada o los reprimidos con pena privativa de la libertad que no excedan los dos años; faculta a los jueces a tomar las medidas que discrecionalmente consideren necesarias en caso que los jóvenes – independientemente de su edad– se encuentren en *peligro material o moral*.



Este panorama es especialmente grave, no sólo porque la intervención penal carece de límite etario para actuar; sino también porque la práctica enseña que ha sido la excusa para concentrar la criminalización en supuestos de pobreza y extrema marginalidad.

Sin ir más lejos, la propia CSJN en oportunidad de pronunciarse en el caso “García Méndez” –sin perjuicio de lo decidido sobre el fondo, respecto de lo que volveremos luego– manifestó la necesidad de que se lleve a cabo una reforma legislativa en materia penal juvenil. Concretamente, dispusieron “Exhortar al Poder Legislativo para que dentro de un plazo no mayor a un (1) año, adecue la legislación penal en materia de menores a los nuevos estándares constitucionales y establezca un sistema integral y coordinado con la ley 26.061”.

Entre los aspectos más críticos de la regulación actual, adquiere notoriedad la circunstancia de que a los jóvenes punibles se los puede disponer definitivamente, independientemente del resultado del proceso, si de los estudios realizados surgiera que el *menor* se encontrara abandonado, falto de asistencia, en peligro material o moral, o presenta problemas de conducta (artículo 2).

Con la misma discrecionalidad, existen tres requisitos que deben configurarse antes de la aplicación de una pena: **1)** que haya sido declarada su responsabilidad penal, **2)** que haya cumplido dieciocho años de edad y **3)** que haya sido sometido a tratamiento tutelar por al menos un año. Sin embargo, “...si las modalidades del hecho, los antecedentes del menor, el resultado del tratamiento tutelar y la impresión directa recogida por el juez hicieren necesario aplicarle una sanción, así lo resolverá, pudiendo reducirla en la forma prevista para la tentativa. Contrariamente, si fuese innecesario aplicarle sanción, lo absolverá, en cuyo caso podrá prescindir del requisito del inciso 2°...”.



De manera que el juez puede no aplicar una sanción, aplicar la escala prevista para el caso de la tentativa o aplicar la escala prevista para el delito consumado. La discrecionalidad que permite el texto del decreto-ley es evidente.

La Convención sobre los derechos del niño (en adelante, CDN) impone la regulación del paradigma de protección integral de la infancia, contrario al que deriva del régimen actual.

Se basa en la idea de que la infancia es un sujeto colectivo de derechos; derechos que deben ser respetados y efectivizados por el Estado. La intervención sobre los niños aparece como una obligación estatal, de la familia y de la comunidad, en tanto deben re-establecer derechos y no vulnerarlos en nombre de una supuesta protección.

Entre los principales derechos y garantías que la CDN establece, cabe destacar los siguientes: consideración primordial de interés superior del niño; derecho a ser oído; derecho a la dignidad e intimidad; proscripción de penas crueles, inhumanas y degradantes; privación de libertad como última ratio; derecho a acceso a la justicia en caso de privación de libertad; se establecen fines especiales del proceso penal; se establece un derecho penal de acto; principios de legalidad e irretroactividad; presunción de inocencia, juicio previo y principio de culpabilidad; derecho de defensa, celeridad procesal; doble conforme, principio de especialidad de la justicia, desjudicialización y proporcionalidad, entre otros.

Desde ese punto de partida, los jóvenes que sean sometidos a un proceso penal deben gozar de las mismas garantías que poseen los adultos, más algunas garantías específicas por su condición de personas en crecimiento. Entonces será según el caso que intervendrá el juez penal, o el juez de familia, debiendo en ambos casos tener especialmente en cuenta la opinión del niño. Asimismo se prevé



ASOCIACIÓN PENSAMIENTO PENAL

que la privación de la libertad sea una medida excepcional, cuando no cupiera una medida alternativa menos gravosa.

Por lo demás, es importante señalar que la CDN establece para cada Estado la obligación de fijar “una edad mínima antes de la cual se presumirá que los niños no tienen capacidad para infringir las leyes penales”. Es claro que este artículo debería traducirse en que por debajo de la edad que disponga cada Estado, en caso de que una persona menor de edad cometiera un delito, no podría tener ésta consecuencia alguna. Sin embargo, como dijimos, hoy por hoy, en nombre de una supuesta protección en nuestro país puede tener consecuencias penales un hecho cometido por una persona de cualquier edad.

Esta situación evidencia que actualmente se encuentran vigentes dos normas que son absolutamente contradictorias entre sí. Como señalamos antes, nuestra CSJN tuvo la posibilidad de expedirse en relación a los casos de personas menores de dieciséis años privadas de su libertad en el fallo “García Méndez”. Sin embargo, se dedicó a efectuar consideraciones generales sobre el tema y al decidir no declaró la inconstitucionalidad de la norma, avalando entonces que personas menores de dieciséis años de edad puedan permanecer privadas de libertad.

Claro está que el tema de la reforma de la ley que rige los delitos cometidos por personas menores de edad, se encuentra hace años en discusión. De hecho existe un proyecto que tuvo media sanción del senado, pero que ha perdido estado parlamentario. El punto que genera mayores controversias es, justamente, el de la edad de punibilidad.

Desde APP consideramos que la edad a partir de la cual puede recibir un joven una consecuencia por parte del Estado ante la comisión de un delito, debe ser los dieciséis años y no los catorce como pretenden algunos proyectos, y esto



es conforme a nuestro espíritu de evitar un punitivismo ilimitado respecto a personas que deben ser abarcadas por el sistema de protección integral de derechos y no por el sistema penal.

Con ello también respetamos el *principio de no regresividad*, ya que distintos instrumentos y documentos internacionales satélites a la Convención de los Derechos del Niño recomiendan que no se bajen los límites punitivos. Todo esto no implica que una persona menor de 16 años no pueda ejercer su derecho de defensa y persiga el derecho a la verdad en una acusación que lo involucre como sujeto activo, ya que eso se desprende directamente de normas de carácter constitucional y no distingue edades.

Nos parece obvio que una reforma integral del Código Penal expresa tanto desde lo que modifica como desde los puntos que no incluye. En este sentido, creemos que al no incluir el proyecto una reforma del régimen penal de las personas menores de edad, se confirma la vigencia de un decreto-ley de la última dictadura militar, y se pierde así una buena posibilidad de saldar de una vez y para siempre la deuda pendiente que tiene nuestro país con los jóvenes.

6. LA VIGENCIA DE LA REINCIDENCIA

El artículo 31 del Anteproyecto dispone:

1. El juez podrá reemplazar parcial o totalmente cualquier pena de prisión que no exceda de tres años.

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

3. Se podrá reemplazar sólo después de cumplidos dos tercios de la pena, si el agente hubiere sufrido pena de prisión o su reemplazo como condenado en los cinco años anteriores a la comisión del hecho.



La reincidencia implica la agravación de la pena de un delito posterior en razón de la comisión de uno anterior y por el que el individuo fue condenado y cumplió pena.

Esto se contrapone con los artículos 18 y 19 de la Constitución en tanto nadie puede ser castigado sino en virtud de una ley previa, cuya norma prohibitiva no puede consistir en algo diferente a una conducta humana que afecte derechos de terceros.

En suma, los tipos penales solo pueden castigar acciones. Los pensamientos, actitudes y tendencias internas, por más reprobables que sean, deben quedar al margen de cualquier sanción penal; lo que determina el contenido del principio de culpabilidad como juicio de reproche que no puede tener por objeto más que el hecho cometido.

En esta línea, la Corte Suprema de Justicia de la Nación sostuvo en el conocido precedente “Gramajo”: *“...Que resulta por demás claro que la Constitución Nacional, principalmente en razón del principio de reserva y de la garantía de autonomía moral de la persona consagrados en el art. 19, no permite que se imponga una pena a ningún habitante en razón de lo que la persona es, sino únicamente como consecuencia de aquello que dicha persona haya cometido. De modo tal que el fundamento de la pena en ningún caso será su personalidad sino la conducta lesiva llevada a cabo. En un estado, que se proclama de derecho y tiene como premisa el principio republicano de gobierno, la constitución no puede admitir que el propio estado se arrogue la potestad sobrehumana de juzgar la existencia misma de la persona, su proyecto de vida y la realización del mismo, sin que importe a través de qué mecanismo pretenda hacerlo”*.



Lo propio hizo la Corte Interamericana al rechazar la peligrosidad como criterio para la agravación de la pena “...constituye claramente una expresión del ejercicio del *ius puniendi* estatal sobre la base de características personales del agente y del hecho cometido, es decir, sustituye el Derecho Penal de acto o de hecho, propio del sistema penal de una sociedad democrática, por el Derecho Penal de autor, que abre la puerta al autoritarismo precisamente en una materia en la que se hallan en juego los bienes jurídicos de mayor jerarquía... En fin de cuentas se sancionaría al individuo –con pena de muerte inclusive– no con apoyo en lo que ha hechos, sino en lo que es. Sobra ponderar las implicaciones, que son evidentes, que este retorno al pasado, absolutamente inaceptable desde las perspectiva de los derechos humanos”²¹.

Fundar la respuesta punitiva más severa (la prisión) no en la gravedad del hecho, sino en lo que el autor hizo de su pasado –en definitiva en lo que es o fue– contradice la opción del constituyente por el derecho penal de acto; al tiempo que implica aplicar un castigo más intenso por una conducta anterior, que fue ya materia de juzgamiento en la primera condena.

La Comisión explica el mayor rigor en el tratamiento de una persona que cumplió pena de prisión y vuelve a cometer un delito en los siguientes términos:

“No se trata de un agravamiento por reincidencia, instituto que desaparece disuelto en disposiciones de esta naturaleza. La reincidencia importa la agravación de la pena de un delito posterior en razón de la comisión de uno anterior y por el que ya ha sido condenado y ha cumplido pena. Lo que se propone es una cuestión referida sólo a la ejecución de la pena, que no altera su extensión ni cancela del todo la posibilidad de reemplazo, sino que toma precauciones mayores en cuanto al

²¹ “Fermín Ramírez vs. Guatemala”, CIDH, 20/06/2005



momento de éste. Quien ha sido condenado a pena de prisión y ha cumplido todo o parte de esta pena y, en un tiempo no muy prolongado, o sea, a menos de cinco años del cumplimiento de ella, comete un nuevo delito de cierta gravedad, requiere que se lo trate con mayor desconfianza en cuanto a su conducta futura. Obsérvese que no se propone que esta limitación sea obligatoria para el juez en el caso de las penas hasta tres años, pero tratándose de penas superiores y hasta diez años, la situación cambia: el hecho mismo de la comisión de un delito de mediana gravedad está poniendo de manifiesto una considerable asunción del rol desviado”.

Es evidente que se trata de un supuesto de reincidencia, cuyo principal efecto, además de su posible consideración como agravante, es la prohibición de acceso a la libertad condicional.

Como deriva del voto del Ministro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación E. Raúl Zaffaroni en el fallo Alvarez Ordoñez²²: “...el principal efecto de la declaración de reincidencia, es la prohibición de libertad condicional del artículo 14 del Código Penal. **Es insostenible la tesis de que esa disposición no implica una penalidad más grave, porque solo se refiere a una forma de ejecución, argumento artificioso en buena medida ficcional, tanto como distorsionante de toda referencia a la realidad de los hechos y a la naturaleza misma de las cosas. Así como Beethoven ejecutado por un virtuoso no es lo mismo que ejecutado por un principiante, dos penas que se ejecutan de diferente modo son dos penas diferentes...**”.

En definitiva, si para reemplazar una pena de prisión que le corresponde a una persona que hubo de ser condenada en el pasado, se exige un lapso de tiempo mayor, la razón de este rigor no es otra que la existencia de la condena precedente.

De manera que, apelando a la definición de reincidencia utilizada por la Comisión, **se agrava la ejecución de la pena de un delito posterior en razón de**

²² CSJN, rta. El 05/02/2013, causa n° 10.154.



la comisión de uno anterior y por el que ya sido condenado y ha cumplido pena.

Por lo demás, no perdemos de vista que el 27 de mayo de 2014 la CSJN dictó sentencia en el caso “Arévalo” y decidió declarar la constitucionalidad de la reincidencia. Para ello, prescindiendo del voto del único juez con especialidad en materia penal, los restantes integrantes del tribunal fundaron su decisión remitiéndose a lo resuelto en los casos “Gómez Dávalos” (Fallos: 308:1938), “L’Eveque” (Fallos: 311:1451) y “Gramajo” (Fallos: 329:3680).

Respecto de éste último precedente, paradójicamente, los ministros de la CSJN no se remitieron al voto mayoritario que alguno de ellos había firmado, sino al voto concurrente del juez Petracchi.

Con relación a esta decisión de la Corte –sobre la que APP se expresó mediante comunicado del 28 de mayo de este año– por vía de hipótesis podemos asumir que lleve razón la Corte y, a diferencia de lo que expusimos anteriormente, la agravante genérica por reincidencia (artículos 14, 41.2 y 50 del Código Penal) no menoscabe la garantía *non bis in idem* y tan solo represente un “ajuste del tratamiento penitenciario”, impuesto a quien (insensiblemente) no internaliza las consecuencias de una pena “ya sufrida”. De ser así es llamativo lo que explica el Procurador Fiscal -en su dictamen-, en cuanto este dato fuera indicativo de un mayor grado de culpabilidad, lo que sería bastante curioso pues -en general- los seres humanos tratamos de evitar las situaciones displacenteras y aflictivas.

Sin embargo, la Corte debió explicar por qué esa agravante se impone a una categoría de personas: “los reincidentes” (ver artículo 14 del Código Penal) y no en función a un dato fáctico (mayor necesidad de prevención especial positiva) que -por su naturaleza- debería ser debidamente acreditado por la parte que



pretende una respuesta punitiva superior a la prevista para el acto delictivo (cfr. Corte IDH: “Fermín Ramírez v. Guatemala”).

No hubiese estado nada mal explicitar cuáles fueron los estudios que demostraron científicamente las propiedades resocializadoras de mayores cuotas de prisionización, en especial porque esa exigencia, tiene jerarquía constitucional (artículos 5.6 de la CADH y 10.3 del PIDCP).

Como el fallo de cita importa prescindir de la doctrina del precedente “Gramajo”, dando nueva vida a la agravante prevista por el artículo 52 del Código Penal, resultaría ilustrativo conocer por qué el múltiple reincidente puede acceder a la libertad condicional (artículo 53 del mismo Código) y no así quien es declarado reincidente por primera, segunda o tercera vez. Tal vez la primer condición -la de plurirreincidente- sea más ventajosa, dato que es preocupante en términos de prevención general negativa.

Lo que, en cambio, podría habernos ahorrado nuestro más alto tribunal, es la cita del precedente “L’Eveque” (Fallos 311:1451) en el que -como argumento de autoridad- se evoca el fallo de la Suprema Corte de EEUU en el caso “Pace v. Alabama” (106 U.S. 583), cuya impronta deleznablemente racista es indisimulable. En esa resolución se convalidó el agravamiento de la pena impuesta a Tony Pace, un negro que había cometido el gravísimo delito de convivir con su amada de raza blanca, reincidiendo en la abyecta conducta y demostrando su insensibilidad ante la pena anteriormente cumplida. Con precisión, en el precedente citado, la corte estadounidense (citada por nuestro tribunal) señaló: “La igual protección bajo las leyes implica no sólo el acceso, **según cual sea su raza**, en las mismas condiciones que los demás a los tribunales del país para la seguridad de su persona y de sus bienes, sino que en la administración de la justicia penal, no será pasible de ser sometido, por el mismo delito, a cualquier mayor o diferente castigo”. En efecto, el mismo castigo se imponía a todos los negros que cometían la misma ofensa y si insistían en amar



a una mujer blanca y eran correspondidos, naturalmente la pena se agravaba por reincidencia. Corría el año 1883. Para ser francos, la cita parece políticamente incorrecta.

Finalmente, un detalle si se quiere menor comparado con el anterior. En la sentencia de la causa “Mannini” (Fallos 330:4476), la Corte Suprema había afirmado que no compartía la doctrina del precedente “Gómez Dávalos” (Fallos 308:1938). Tal parece que el tribunal cambió de idea, pues la invoca como fundamento en el fallo de la causa “Arévalo”, de cuyo tenor acabamos de enterarnos.

7. LA (DESIN)CRIMINALIZACIÓN DEL ABORTO

El artículo 84 del anteproyecto prevé:

1. El que causare un aborto será reprimido:

a) Con prisión de TRES (3) a DIEZ (10) años, si obrare sin consentimiento de la mujer. El máximo de esta pena será de QUINCE (15) años si el hecho fuere seguido de la muerte de la mujer.

b) Con prisión de UNO (1) a CUATRO (4) años, si obrare con consentimiento de la mujer. El máximo de la pena será de OCHO (8) años si el hecho fuere seguido de la muerte de la mujer.

2. Se impondrán las mismas penas y sufrirán, además, inhabilitación por el doble del tiempo de la condena, los médicos, cirujanos, parteras o farmacéuticos que abusaren de su ciencia o arte para causar el aborto o cooperaren a causarlo.

ARTÍCULO 85°

Aborto no punible



El aborto practicado por un médico diplomado con el consentimiento de la mujer encinta, no es punible:

- a) Si se ha hecho con el fin de evitar un peligro para la vida o la salud de la madre, y si este peligro no puede ser evitado por otros medios;
- b) Si el embarazo proviniera de una violación.

ARTÍCULO 86°

Aborto preterintencional y culposo

1. Será reprimido con prisión de UNO (1) a TRES (3) años, el que con violencia causare un aborto sin haber tenido el propósito de causarlo, si el estado de embarazo de la mujer fuere notorio o le constare.

2. Será penado con prisión de SEIS (6) meses a DOS (2) años e inhabilitación por doble tiempo que el de la condena, el que causare un aborto por imprudencia o negligencia o por impericia en su arte o profesión o inobservancia de los reglamentos o deberes a su cargo.

ARTÍCULO 87

Aborto de la mujer

1. Será reprimida con prisión de uno (1) a cuatro (4) años, la mujer que cometiere su propio aborto o consintiere en que otro se lo causare.

2. La tentativa de la mujer no será punible.

3. El aborto culposo de la mujer no será punible.

Si bien se carece de cifras oficiales, desde que es una práctica ilegal, se estima que en Argentina se realizan cerca de medio millón de abortos por año – cifra obtenida en función de los egresos hospitalarios por complicaciones por esa práctica, entre otras variables. Ocupa hace décadas, los primeros lugares entre las causas de muerte materna. Un centenar de vidas se cobraría anualmente.

A pesar de la importancia del problema, la Comisión prácticamente no



tocó el capítulo dedicado a este supuesto. Se justifica esta toma de postura en una razón pragmática: *“La experiencia nacional y comparada indica que cualquier alteración en este punto tiene el efecto negativo de obstaculizar e impedir la discusión general de la reforma, por lo cual se insiste en la necesidad de dejar el tema fuera de la discusión del código”*.

El argumento no es muy convincente: en verdad, muchas de las modificaciones que se proponen probablemente susciten posiciones antagónicas y dificulten los consensos. Pero es sano que así sea en una sociedad democrática y esperable por otra parte, desde que se propone una reforma integral del articulado del código. Prueba de eso es que, aún tiempo antes de su presentación formal, el anteproyecto ya había generado polémicas y reacciones de algunos sectores del arco político, con base en consignas más que discutibles.

La cuestión merecía y merece un debate profundo que involucre a todos los sectores sociales: pone en discusión otras consideraciones que van más allá de los argumentos jurídicos, en tanto supone una toma de postura acerca del modo en que protegerá la vida nuestro ordenamiento penal, como en definitiva, el concepto de hombre y su libertad. Y esta parecía ser la oportunidad para darla, teniendo en cuenta que el texto del anteproyecto será analizado por organizaciones sociales de los más variados signos ideológicos, debatido en ámbitos académicos de todo el país, como examinado por el público en general.

Veamos, el anteproyecto amplía la punibilidad a casos antes no previstos: la figura culposa del aborto –lo que puede operar como un disuasivo para la corporación médica, ya de por sí particularmente “sensible” y reacia a las prácticas en estos casos– y las lesiones al feto.

Respecto de las causas de no punibilidad sólo se limita a incorporar dentro



de los casos en los que el aborto no será punible, la interpretación que ya había consagrado la Corte Suprema en el conocido fallo “F., A.L s/medida autosatisfactiva” (2012), que puso fin a la discusión acerca del alcance del artículo 86.2 del CP, al afirmar que no será punible el aborto cuando sea consecuencia de una violación, independientemente de la capacidad mental de la víctima.

La inteligencia asignada en ese fallo, con relación al polémico permiso, significó la opción por la posición más ampliatoria de derechos – consecuentemente más adecuada a los estándares internacionales en materia de derechos humanos– frente a aquella que afirmaba que la interrupción del embarazo que autorizaba la disposición solo se podía practicar a la mujer que no resultaba capaz.

Nuestro máximo tribunal fue más allá en esa ocasión: afirmó que el CP consagra un derecho de la mujer a la práctica abortiva en estos casos **“Que teniendo a la luz aquella manda constitucional es que debe interpretarse la letra del artículo 86, inciso 2º, del Código Penal y por dicha razón, se debe concluir que quien se encuentre en las condiciones allí descritas, no puede ni debe ser obligada a solicitar una autorización judicial para interrumpir su embarazo, toda vez que la ley no lo manda, como tampoco puede ni debe ser privada del derecho que le asiste a la interrupción del mismo ya que ello, lejos de estar prohibido está permitido y no resulta punible”**. De allí que la exigencia, usual en nuestro medio, de requerir la venia jurisdiccional –por parte de los profesionales de la medicina– no sólo es innecesaria, sino también **“contraviene las obligaciones que la mencionada Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la Mujer”, en su artículo 7º pone en cabeza del Estado respecto de toda víctima de violencia, sino que además puede ser considerada, en sí misma, un acto de violencia institucional en los términos de los artículos 3º y 6º de la ley 26485”**.



ASOCIACIÓN PENSAMIENTO PENAL

En ese marco, la CSJN agregó que no era preciso ni la denuncia ni la prueba de violación, como así tampoco su determinación judicial. En respeto del artículo 19 CN solo requiere una declaración jurada que ese ilícito es la causa del embarazo.

Asimismo exhortó ***“a las autoridades nacionales y provinciales a implementar y hacer operativos, mediante normas del más alto nivel, protocolos hospitalarios para la concreta atención de los abortos no punibles a efectos de remover todas las barreras administrativas o fácticas al acceso a los servicios médicos”***.

Las aclaraciones no eran redundantes. Aún cuando hace más de noventa años el código prevé habilitaciones para el aborto en ese supuesto específico, las mujeres que se encuentran en esas situaciones son sometidas a un penoso trascorrir por centros hospitalarios y tribunales, que no sólo afecta sus derechos más elementales, genera una re-victimización para quien, como en el caso, ya fue damnificada por un delito y además pone en riesgo la posibilidad cierta de realizar la práctica como su salud misma, teniendo en cuenta que los tiempos de la justicia no son, ni se acercan, a los biológicos.

A pesar de la claridad de las palabras de la Corte, en nuestro país aún diez provincias siguen negándose a establecer esos protocolos, ni han adherido a la “Guía Técnica de Atención Integral de los Abortos No Punibles” elaborada por el Ministerio de Salud de la Nación en cumplimiento de las directivas enunciadas.

Ese estado de cosas –es decir, la resistencia tanto de la corporación médica como judicial de practicar los abortos en los casos autorizados– aconsejaba incluir en el texto que en estos casos no se precisa autorización judicial alguna, ni denuncia.

Nada se menciona y esa omisión parece contribuir a perpetuar las



prácticas antedichas, que pueden acarrear la responsabilidad internacional del Estado argentino, desde que han merecido críticas de varios organismos de aplicación de los tratados de derechos humanos.

El aborto sigue siendo una cuestión silenciada que sólo cobra notoriedad pública cuando ese derecho es negado y el proyecto en nada colabora para sacarlo de las sombras. Esto deriva en un escenario cómplice de la realidad que esconde las cifras del comienzo: existe una directa relación entre la condición socioeconómica de la mujer y la posibilidad de acceder a un aborto seguro. Son las más pobres, las que no tienen acceso a medios económicos ni cobertura médica privada las que se realizan la práctica de manera insegura y a merced de manos no profesionales; son ellas las que llegan a las guardias de los hospitales públicos. Son también, quienes además de afrontar los riesgos que para su salud significa la clandestinidad, quedan expuestas a la posibilidad de una persecución penal..

Invisibilizarlo esconde también que es un delito, en verdad, no perseguido. Ni se aplica, ni parece ser efectiva su represión para detener su aumento y no sólo porque cabe poner en duda la eficacia preventiva de la pena, nunca corroborada.

La situación en que se encuentra una mujer frente a un embarazo no deseado pone en juego consideraciones de toda índole –religiosas, morales, económicas–, entre las que ningún peso tiene la amenaza de castigo.

Estas y otras razones se desgranán en el valioso aporte realizado por la diputada Barbagelata²³, en la disidencia que formula contenida en el anexo

²³ARTÍCULO 85° Interrupción voluntaria del embarazo no punible 1. La interrupción voluntaria del embarazo no será punible cuando se practicare en las siguientes circunstancias: a. Estuviere



a la exposición de motivos del anteproyecto.

Ahí propone tanto la ampliación de las causales como la despenalización de la interrupción del embarazo durante la primera etapa de la gestación, en línea con otros proyectos que circularon por el Congreso, pero que no tuvieron nunca estado parlamentario, como el presentado por la “Campaña Nacional por el Derecho al Aborto Legal, Seguro y Gratuito”.

Señala con razón: “...Consideramos que la penalización del aborto, en estas condiciones, vulnera los derechos de las mujeres a la no discriminación y a la igualdad, a la salud y a una atención médica adecuada, a la vida, a la libertad y a la dignidad, a la privacidad, a la autodeterminación, a decidir sobre el número de hijos y el intervalo entre sus nacimientos, a la libertad de conciencia y religión y a verse libre de tratos crueles, inhumanos y degradantes”.

El compromiso asumido por el Estado de proteger la vida desde la concepción –de acuerdo a varias normas contenidas en los tratados de derechos humanos de jerarquía constitucional, pero muy en especial, el artículo 4 de la CADH– no conduce automáticamente a la penalización del aborto en todos los casos.

Una afirmación tal, olvida que el derecho penal es la última ratio, como así también que esa protección puede tener lugar por otras vías menos lesivas y más eficaces. Así fue también afirmado por la CS en el citado pronunciamiento

en peligro la vida de la mujer. b. Estuviere en peligro la salud física o mental de la mujer. c. Existieren anomalías fetales incompatibles con la vida extrauterina. d. El embarazo fuere consecuencia de una violación. e. Antes de las catorce semanas cumplidas de gestación. 2. En ningún caso se requerirá autorización administrativa o judicial, ni denuncia previa. 3. En todos los casos deberá constar el correspondiente consentimiento informado.



“Que de las previsiones establecidas en el artículo 1° de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre como del artículo 4° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, no se deriva algún mandato por el que corresponda interpretar, de modo restrictivo, el alcance del artículo 86 inciso 2°, del Código Penal. Ello por cuando las normas pertinentes de estos instrumentos fueron expresamente delimitadas en su formulación para que de ellas no se derivara la invalidez de un supuesto de aborto como el de autos (ver al respecto, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe 23/81, “BabyBoy”, y la discusión en torno a la redacción de los mencionados artículos)...”.

La concepción absoluta del derecho a la vida de la persona por nacer, en detrimento del derecho de la mujer a decidir sobre su cuerpo, su maternidad, en definitiva, sobre la configuración de su destino, sin matices, reduce a esta al papel de una “incubadora”, de un instrumento al servicio de un fin que no es el propio, es decir, contradice la ética más elemental.

Como señala la DGN en su dictamen en el fallo mencionado *“...la situación del embarazo es una situación en la cual es una y dos al mismo tiempo, no existe, no puede existir, tutela de uno en contra de la voluntad y de los deseos de la otra, pues se llega a ser “persona” a través de la mediación femenina: mediación necesaria e indispensable. El desconocimiento de esa realidad no sólo niega la unicidad de esa experiencia, sino que niega desde la raíz la plenitud moral del sujeto femenino, el poder de dar vida, de generar, es un poder que implica responsabilidad”* (Pitch, Tamar, “Un derecho para dos. La construcción jurídica de género, sexo y sexualidad”, Ed. Trotta, Madrid, 2003, p. 97/98)”.

Olvida también que el ordenamiento jurídico registra la diferencia ontológica entre la persona nacida y la por nacer al otorgar una mayor protección a la primera, de modo que cabe poner en duda seriamente desde este punto de vista que sacrificar la integridad de la mujer en beneficio de la



vida que gesta sea el único camino posible. En ese mismo sentido se expidió la CIDH en el caso “Artavia Murillo” *“En otras palabras, el objeto y fin del artículo 4.1 de la Convención es que no se entienda el derecho a la vida como un derecho absoluto, cuya alegada protección pueda justificar la negación total de otros derechos...La Corte ha utilizado los diversos métodos de interpretación, los cuales han llevado a resultados coincidentes en el sentido de que el embrión no puede ser entendido como persona para efectos del artículo 4.1 de la Convención Americana... Además, es posible concluir de las palabras “en general” que la protección del derecho a la vida con arreglo a dicha disposición no es absoluta, sino es gradual e incremental según su desarrollo, debido a que no constituye un deber absoluto e incondicional, sino que implica entender la procedencia de excepciones a la regla general”*.²⁴

También es rescatable del texto de la disidencia la redacción de las causales de no punibilidad: en cuenta de la mencionada costumbre de los médicos de judicializar, aún los casos que se subsumen claramente en los permisos legales, no sobra la aclaración respecto de que se entiende por salud de la madre - en el sentido que también comprende la salud psíquica, como se especifica en otras partes del proyecto –ni la previsión que no es necesaria ningún tipo de autorización.

8. LA SUSPENSIÓN DEL PROCESO A PRUEBA

El artículo 45 del Anteproyecto establece que:

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

²⁴ Caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica, rta. El 28/11/2012.



término, podrá fijar hasta la fijación de la fecha de la audiencia del debate la suspensión del juicio a prueba.

2. Del pedido, previa vista a la persona directamente ofendida, deberá requerirse la opinión del representante del Ministerio Público Fiscal.

3. El imputado deberá ofrecer la reparación de los daños en la mayor medida de sus posibilidades, sin que esto importe confesión o reconocimiento de responsabilidad civil. El juez oír a la persona directamente ofendida y decidirá en resolución fundada, acerca de la razonabilidad del ofrecimiento.

4. El imputado deberá abandonar a favor del Estado los bienes que hubiere correspondido decomisar en caso de condena.

5. No procederá la suspensión del proceso a prueba, para el funcionario público que en ejercicio o con motivos de sus funciones hubiere participado en el delito.

6. El juez dispondrá la suspensión del proceso a prueba por un plazo entre uno y tres años, según la gravedad y circunstancias del hecho, bajo reglas de conducta análogas en lo pertinente a las previstas en el artículo 28. También podrá disponer la prestación de trabajos para la comunidad análogamente a lo previsto en el artículo 27. Las disposiciones del juez no obstarán a las sanciones administrativas y disciplinarias que pudieren corresponder.

7. Cuando se atribuyere un hecho que pueda o deba ser reprimido con pena de inhabilitación, se procurará en calidad de regla de conducta, la realización de actividades dirigidas a solucionar la presunta incompetencia o inidoneidad del imputado.

8. Si el delito o alguno de los delitos que integran el concurso estuviere reprimido con pena de multa aplicable en forma conjunta con la de prisión, será condición, además, que se pague el mínimo de la multa correspondiente.



9. Si el imputado no fuese condenado por ningún delito cometido durante el plazo de suspensión, reparase los daños conforme lo ofrecido y cumplierse regularmente las reglas de conducta establecidas, se extinguirá la acción penal.

10. Si fuere condenado por un delito cometido durante el período de prueba, no cumplierse con la reparación a pesar de poder hacerlo, o incumpliere injustificada y reiteradamente las reglas de conducta, se dejará sin efecto la suspensión y continuará el trámite del proceso. Si en este proceso resultare absuelto, se le reintegrarán los bienes entregados al Estado, aunque no podrá pretender el reintegro de las reparaciones ya cumplidas.

11. Siendo procedente la suspensión del proceso a prueba y tratándose de un extranjero sobre el que pesare una orden administrativa de expulsión firme, se dispondrá el extrañamiento del imputado. La acción penal sólo se extinguirá si en los cinco años posteriores a su salida la persona no reingresare al país.

1. La confusa e imprecisa redacción del artículo 76 bis del Código Penal trajo aparejados numerosos inconvenientes interpretativos, los más de los cuales conspiraron contra la vigencia de la mal llamada “probation”, pero también mal llamada “suspensión del juicio a prueba”, ya que como agudamente advirtió Gustavo L. Vitale, el nombre que verdaderamente responde a su naturaleza es el de “suspensión del proceso penal a prueba”.

La cuestión nominativa, que finalmente no es lo más importante, se encuentra “mezclada” en el texto del anteproyecto, ya que en partes se lo denomina “suspensión del proceso a prueba” (como corresponde), pero en otras se regresa a la incorrecta denominación de “suspensión del juicio a prueba”.

Claramente, lo que se suspende es el proceso penal, cuestión que no es menor, ya que desde esta concepción posibilita ampliar las posibilidades de la



oportunidad desde la cual se puede requerir la aplicación del instituto, evitando indebidos encorsetamientos.

2. El balance del examen de la norma propuesta no arroja un saldo positivo respecto de la existente y es lamentable que ello ocurra frente a un instituto que, a pesar de sus dificultades, ha rendido sustanciosos beneficios a la causa de la racionalización del poder punitivo, filtrando los casos que son susceptibles de recibir una respuesta alternativa al juicio propiamente dicho.

3. La primera preocupación (y la principal) está referida al universo de casos alcanzados por la suspensión del proceso penal a prueba que, como se comprenderá, es relevante a los fines de determinar los verdaderos alcances prácticos y cotidianos del instituto. La norma proyectada, al inicio, propone que: *“El imputado de uno o más delitos, a quien en el caso concreto no se le hubiere de imponer una pena superior a tres años...”*.

El mecanismo de la ley propone al juez una especulación francamente desaconsejable: imaginar qué pena en concreto le puede corresponder a un individuo por su hecho sin haber realizado el juicio de conocimiento y sin que el imputado haya tenido la posibilidad de ejercer su derecho a la defensa, con la potencialidad real de modificar los términos y/o intensidad de la imputación.

Tenemos fundados temores que una cláusula de estas características, en el contexto del Poder Judicial local, termine por revitalizar la nefasta doctrina del plenario “Kosuta”, y solamente sean susceptibles de suspenderse a prueba los procesos amenazados con un máximo de tres años de prisión, lo que constituiría un penoso retroceso en el costoso tránsito recorrido por la suspensión del proceso penal a prueba.

Es de hacer notar la contradicción existente entre el texto de la norma proyectada y la Exposición de Motivos de la Comisión, ya que mientras en el primer caso se habla de la condena aplicable *en el caso concreto*, en la



Exposición de Motivos se dice que para: “...evitar todas las discusiones y las interpretaciones limitativas que la jurisprudencia más represiva ha realizado sobre el texto vigente: debe tratarse de una pena en expectativa que no supere los tres años de prisión”. Es evidente que es muy diferente pena en concreto que pena en expectativa, que nos vuelve a remitir a las discusiones generadas en torno al cuarto párrafo del artículo 76 bis.

Por lo precedente es que decimos que en el cotejo es preferible la confusa norma del artículo 76 bis, que en su ambiguo texto permitió que la Corte nacional se pronunciase en el precedente “Acosta”, estableciendo (para decirlo con sencillas palabras) que es susceptible de suspender a prueba todos los casos que, de acuerdo a la escala penal abstractamente considerada, admitan pena de cumplimiento condicional. O, dicho con otras palabras, todos los casos cuya pena mínima no supere los tres años de prisión, lo que en los hechos supuso un reverdecimiento y fortalecimiento del instituto.

4. También expresamos nuestro desacuerdo con la última parte del numeral 1 de la norma, cuando dice que el individuo que reúna las condiciones indicadas precedentemente “podrá fijar hasta la fijación de la fecha de la audiencia del debate la suspensión del juicio a prueba”.

En primer lugar, nos permitimos señalar lo que debe tratarse de un mero error, cuando se dice que “podrá fijar hasta la fijación”. Evidentemente se ha querido decir que podrá solicitar la suspensión hasta la fijación de la fecha de la audiencia del debate.

Pero, lo más importante es la inconveniencia de introducir una disposición procesal en la ley de fondo (hay muchos casos similares a lo largo del anteproyecto) que, en este caso, ha optado por la peor de las soluciones, volviendo a encorsetar al instituto con un límite procesal cuanto menos discutible, como lo es el momento de la fecha de la audiencia del debate como límite para solicitar la suspensión. No son de laboratorio los numerosos casos de cambio de



calificación durante el juicio por una calificación más benigna que la inicialmente sostenida por la acusación y que ahora admite la suspensión del proceso penal a prueba, posibilidad que el imputado no tuvo anteriormente con la incorrecta calificación y que consideramos inapropiado negarle en función del límite temporal propuesto por la norma.

5. Coincidimos con el contenido del numeral 2, cuando da intervención a *la persona directamente ofendida* (aunque hubiésemos preferido que se la denominara como la persona *presuntamente* ofendida, para evitar asignar una categoría que puede condicionar al resto del proceso), suponemos que para que emita una opinión (al igual que el fiscal), ya que el texto no lo precisa.

Somos partidarios de la corriente que, genéricamente hablando, propicia la restitución del conflicto a sus verdaderos protagonistas y, en esta sintonía, promovemos la intervención de las personas presuntamente ofendidas para el tratamiento de su conflicto.

Sin embargo, nos ofrece cierto tipo de reparos que se caracterice la intervención del fiscal como una mera *opinión*. No puede perderse de vista que el fiscal es el titular de la acción penal (al menos para la mayoría de los distritos que han adoptado el sistema acusatorio). En este orden preferimos la tradicional denominación de *dictamen* que nos parece más apropiada procesalmente hablando.

6. Relacionado con el contenido del numeral 3, siempre nos ha parecido cuanto menos dudoso conferir al juez la potestad de resolver acerca de la *razonabilidad* del ofrecimiento de reparación, ya que, de por sí, la *razonabilidad* es una categoría difícil (sino imposible) de delimitar y, por ende, pasible de la poco republicana discrecionalidad. Pero, al margen de la dificultad apuntada, volvemos nuevamente a la especulación que se le encomienda al juez sin haber existido en juicio de conocimiento. ¿Qué posibilidades reales tiene un juez, como



no sea su mera intuición, de sentenciar que un ofrecimiento es *razonable* sin tener conocimiento pleno de la causa?

En este sentido, encontramos más apropiado que la cuestión de la reparación se resuelva entre imputado y presunta víctima, quedando saldada la cuestión en caso de acuerdo, mientras que, en caso de no existir consenso, la actividad judicial se debe limitar a dejar expedita la acción civil para la reparación integral, sin obstaculizar el progreso de la suspensión.

7. Discrepamos con la forma en que ha quedado redactado el contenido del numeral 5, muy similar al séptimo párrafo del artículo 76 bis, ya que ahora se agrega el supuesto del *con motivo de sus funciones*, al tradicional *en ejercicio de sus funciones*.

Consideramos que la veda del acceso a la suspensión a los funcionarios públicos debe limitarse a los tipos penales que requieren al sujeto activo tal condición (funcionario público), supuesto en el cual entendemos que se encuentra justificada la exclusión (en razón de las mayores exigencias que se requiere a los individuos en los que la ciudadanía deposita su confianza).

Sin embargo, extender la restricción a todos los tipos penales que pueden ser realizados *en ejercicio* o *con motivo* de la función pública puede constituir una discriminación por la sola condición social (ser funcionario público).

8. Expresamos nuestro rechazo al contenido del numeral 8, cuando dispone como condición para la suspensión del proceso penal el pago del mínimo de la multa, cuando la sanción de encuentra prevista en forma conjunta con la pena de prisión.

La doctrina se ha expedido en forma conteste rechazando este mecanismo, que tiene una factura similar al quinto párrafo del artículo 76 bis. La multa es una pena (artículo 17 del anteproyecto; artículo 5 Código Penal) y exigir su



cumplimiento sin una sentencia firme y pasada en autoridad de cosa juzgada que lo disponga supone una notoria agresión al principio de inocencia.

9. EL AUMENTO DE LA ESCALA PENAL EN LA TENTATIVA

El anteproyecto de Código Penal propone en el artículo 7:

“1. El que con el fin de cometer un delito determinado comencare su ejecución, pero no lo consumare por circunstancias ajenas a su voluntad, será penado conforme a la escala del delito consumado reducida a la mitad del mínimo y a dos tercios del máximo.

2. El autor o partícipe de tentativa no estará sujeto a pena cuando desistiere voluntariamente del delito o impidiere su consumación”.

El Código Penal actual establece en el artículo 42:

“El que con el fin de cometer un delito determinado comienza su ejecución, pero no lo consuma por circunstancias ajenas a su voluntad, sufrirá las penas determinadas en el artículo 44”.

En el artículo 43 que:

“El autor de tentativa no estará sujeto a pena cuando desistiere voluntariamente del delito”.

Y en el artículo 44:

“La pena que correspondería al agente, si hubiere consumado el delito, se disminuirá de un tercio a la mitad.

Si la pena fuere de reclusión perpetua, la pena de la tentativa será reclusión de quince a veinte años. Si la pena fuese de prisión perpetua, la de tentativa será prisión de diez a quince años.



ASOCIACIÓN PENSAMIENTO PENAL

Si el delito fuera imposible, la pena se disminuirá en la mitad y podrá reducirse al mínimo legal o eximirse de ella, según el grado de peligrosidad revelada por el delincuente”.

La redacción que se propone es más grave que la plasmada en el código actual. En particular, con relación al monto de pena aplicable.

Históricamente se ha considerado que la escala penal de la tentativa debía determinarse con arreglo a la doctrina legal fijada por el plenario “Villariño” de la Cámara Nacional de Casación Penal. Allí se concluyó que “...La reducción de la pena en un supuesto de delito tentado debe realizarse disminuyendo en un tercio el máximo y en la mitad el mínimo de la pena correspondiente al delito consumado...”. Esta fórmula es la que goza de mayor consenso y explica su recepción en el anteproyecto.

Ahora bien, este sistema tiene un impacto punitivo mayor al que surge de una interpretación constitucional armónica de todo el ordenamiento jurídico disponible, lo que obliga a criticar al anteproyecto y señalar la deficiencia. A modo de ejemplo nos centraremos en el homicidio calificado en el Código vigente.

Se considera que esta figura resulta mucho más ofensiva para el bien jurídico comprometido que el homicidio simple. Ello es lo que justifica que la figura agravada posea una pena fija de prisión perpetua como sanción, teniendo en cuenta que la pena de reclusión se encuentra derogada judicialmente.

Para el caso de la tentativa, la escala penal en el homicidio calificado es de diez a quince años de prisión (cfr. artículo 44 párrafo segundo, CP).



Si nos remitiéramos a “Villariño” y a la letra del anteproyecto, la escala penal de un homicidio simple en tentativa iría de cuatro a dieciséis años y ocho meses de prisión, excediendo incluso a la escala penal del delito más grave, en grado de tentativa, lo que constituye una irracionalidad punitiva que no puede ni debe ser tolerada y, menos aun, auspiciada.

Aun cuando se intenta otorgar una acepción totalizante, no es menos cierto que existe un imperativo constitucional que obliga a la cuantificación de las penas. En este sentido, debe tenerse en cuenta que el propio Código Penal prevé que los condenados (sin discriminar su pena) pueden acceder al régimen de libertad condicional cuando hayan cumplido las dos terceras partes de la misma (artículo 13 CP). De una aplicación de la ultraactividad de la ley penal más benigna (pues la Ley 25.892 aumentó este término en forma irracional), surge que esta solicitud podrá hacerse, en el caso de la prisión perpetua, al cumplir los veinte años de encierro efectivo.

Si consideramos que veinte años son las dos terceras partes de treinta años, podemos concluir que ésta es la extensión máxima concreta que el legislador pensó para la prisión perpetua. Incluso, el artículo 13 del Código Penal establece que *“Estas condiciones, a las que el juez podrá añadir cualquiera de las reglas de conducta contempladas en el artículo 27 bis, regirán hasta el vencimiento de los términos de las penas temporales y hasta diez años más en las perpetuas, a contar desde el día del otorgamiento de la libertad condicional”*.

De lo dicho anteriormente concluimos que el plazo máximo en el que el Estado puede válidamente inmiscuirse en el cuerpo de un condenado, en el caso de la prisión perpetua, es el de treinta años.

Ahora bien, esta lectura no es un interpretación aislada, sino un razonamiento armónico con otras disposiciones del Código. El artículo 62 inciso 2



del CP prevé como plazo máximo de prescripción de la acción penal, para el caso de penas divisibles, el de doce años, sin que dejemos de advertir que esto es prácticamente la mitad de pena del homicidio simple, del genocidio y de los crímenes de lesa humanidad, sin el resultado muerte (artículos 8, 9 y 10 de la Ley 26.200, de implementación del Estatuto de Roma, reglamento organizativo de la Corte Penal Internacional), amén de tener en cuenta que no hubo ni hay delitos conminados a una pena máxima de veinticuatro años.

El artículo 62 inciso 1 establece un plazo de quince años para que se produzca la extinción de la acción penal por causa de prescripción en el caso de delitos penados a perpetuidad. Del mismo modo, podemos sostener que este plazo también equivale a la mitad de la duración de la pena de prisión perpetua.

Quienes cumplen penas temporales pueden acceder al régimen de salidas transitorias, o incorporarse al régimen de semi-libertad al cumplir la mitad de la condena (artículo 17 inciso 1, “a”, de la Ley 24.660). Si tenemos en cuenta que el plazo para acceder a las mismas condiciones para los condenados a prisión perpetua es de quince años (artículo 17 inciso 1 “b”, Ley 24.660), podemos válidamente concluir que esto es la mitad del monto al que razonablemente puede convertirse numéricamente la prisión perpetua, que es el de treinta años.

Así, diez años de prisión es un tercio de la prisión perpetua y quince años la mitad de la misma. Esto, para el caso de la tentativa y la participación secundaria, implica una escala penal individualizable constitucionalmente desde un tercio del mínimo, a la mitad del máximo, previstos para el delito consumado.

Sintéticamente, concluimos que la pena para el delito tentado, en el actual esquema, debe discurrir en una escala comprendida entre un tercio del mínimo y la mitad del máximo.



Por ello, la solución a la que arriba “Villariño” y el anteproyecto, resultan amplificadoras de un poder punitivo que el propio Código Penal, en su actual versión, no establece.

10. LA INTIMIDACIÓN Y EL ARMA SIMULADA EN EL DELITO DE ROBO

a. Incorporación de la “intimidación” en la figura de robo

La Comisión redactora del Anteproyecto de Código Penal mantiene la antigua fórmula del tipo penal de robo simple, con una única distinción: agrega la *intimidación* como una modalidad independiente de la violencia en las personas.

El inciso 1 del artículo 141 del Anteproyecto establece lo siguiente:

“Será reprimido con prisión de SEIS (6) meses a SEIS (6) años, el que se apoderare ilegítimamente de una cosa mueble, total o parcialmente ajena, con fuerza en las cosas o con intimidación o violencia en las personas, sea que la violencia, intimidación o fuerza tuviere lugar antes del robo para facilitararlo, en el acto de cometerlo o después de cometido para procurar su impunidad.”.-

Los integrantes de la comisión redactora no brindaron grandes argumentos sobre el por qué de la inclusión del concepto de intimidación en el tipo penal. Únicamente aclararon que *“la referencia del tipo tradicional a la sola violencia física acarreó problemas y dudas, en especial en cuanto a su distinción respecto del tipo de extorsión.”*²⁵.

²⁵ Conforme se desprende de la página 207 del Anteproyecto de reforma del C.P., que puede leerse en <http://www.infojus.gov.ar/images/libros/anteproyecto-codigo-penal.pdf>



Esta discusión doctrinaria a la que se hace referencia surgió a partir de los anteriores proyectos de reforma, que establecían que el robo podía ser cometido con *violencia o intimidación*, pero por sugerencia del Dr. Octavio González Roura se suprimió el término *intimidación*, quedando únicamente la exigencia de "violencia física".

Soler²⁶ señaló que el propósito de la distinción terminológica era evitar superposiciones entre los delitos de robo y extorsión, pero los resultados no fueron los esperados y ello generó jurisprudencia y doctrina contradictorias, donde se llegó a afirmar que existía un doble vacío punitivo: apoderarse con intimidación y hacerse entregar con violencia física.

Más allá que lentamente la jurisprudencia y la doctrina fueron unificando sus posturas en el sentido de incluir la "intimidación" en el concepto de "violencia física", quizás para evitar lagunas punitivas, ello no despejó las dudas desde el punto de vista de la afectación al principio de legalidad y prohibición de analogía *in malam partem*.

Por lo tanto, consideramos que la inclusión expresa de la intimidación como un medio para cometer el robo, viene a solucionar las referidas discusiones y confusiones con la extorsión y pondrá un punto final al irracional avance del poder punitivo, teniendo en cuenta que la extorsión tiene una escala penal entre 5 y 10 años de prisión.

La intimidación se encuentra incorporada como medio comisivo del robo generalmente en todas las legislaciones de la región, además de la alemana y española²⁷, cuya tradición resultó plasmada en nuestro Código Penal.

²⁶ SOLER, Sebastián, "Derecho Penal Argentino", 4^o edición, Tea, Buenos Aires, 2000, T. IV, Págs. 273/5.

²⁷ Por ejemplo: Art. 433 del C.P. Chileno "El culpable de robo con violencia o *intimidación* en las personas..."; Art. 331 del C.P. Boliviano "El que se apoderare de una cosa mueble ajena con fuerza en las cosas o con violencia o *intimidación* en las personas..."; Art. 237 del C.P. Español "Son reos del delito de robo los que, con ánimo de lucro, se apoderaren de las cosas muebles ajenas empleando fuerza en las cosas para acceder al lugar donde éstas se encuentren o



De esta manera, la intimidación, entendida como el anuncio de un mal inmediato que despierte en la víctima un sentimiento de miedo o angustia colocándolo en un estado de indefensión, quedará definitivamente receptada en el Código Penal y no habrá que recurrir a la analogía ni otras prácticas en perjuicio del sujeto sometido a proceso.

b. Robo con arma simulada

El inciso 2 del artículo 141 establece que:

Se aplicará prisión de TRES (3) a DOCE (12) años:

a) Si el robo se cometiere con arma real o simulada.

En primer lugar, consideramos que resulta contradictorio e irracional incluir en un mismo supuesto los hechos cometidos con un arma real y con armas simuladas. Se otorga una amplia discrecionalidad al juez para imponer una pena de tres a doce años de prisión en caso que el robo sea cometido con un arma que posee una real capacidad lesiva que aquella que no lo tiene. Además, el arma de utilería o simulada ha sido duramente cuestionada por la doctrina desde el punto de vista del principio de lesividad y proporcionalidad de la pena, teniendo en cuenta que para que se configure el robo con armas, es necesaria la concurrencia de dos factores: la capacidad ofensiva del arma y el estado de indefensión de la víctima.

Los bienes jurídicos sólo se vulneran mediante reales e idóneos actos lesionadores. Esta afirmación implica reconocer que los elementos empleados en

violencia o *intimidación* en las personas...”; Art. 188 C.P. Alemán “El que se apodera ilegítimamente de un bien mueble total o parcialmente ajeno, para aprovecharse de él, sustrayéndolo del lugar en que se encuentra, empleando violencia contra la persona o *amenazándola* con un peligro inminente para su vida o integridad física...”.-



el delito deben poseer eficacia vulnerante. En este sentido, quedan descartados los medios o elementos inidóneos para lesionar un bien, en razón de que carecen, intrínsecamente de eficacia vulnerante.

Supongamos que un sujeto apunta a su víctima con un arma de juguete, lo cierto es que objetivamente no agrede, porque el medio empleado no tiene realmente capacidad vulnerante desde el punto de vista jurídico. Objetivamente, el sujeto no empleó un arma de fuego sino un juguete o arma simulada, donde cabría preguntarse si dicha conducta puede ser castigada como delito de robo simple mediante *intimidación* en las personas, conforme al inciso 1 del mismo artículo.

Los integrantes de la comisión redactora, al expresar los fundamentos de esta modalidad de robo agravado, afirmaron que *“Un arma de fuego en condiciones de ser disparada genera un peligro mayor para la integridad física, pero es idéntico en cuanto a poder intimidatorio al de un arma simulada”*²⁸, lo cual es cierto, pero no suficiente para poder imputar un robo con armas. Es cuestionable que la sola indefensión de la víctima, quien atraviesa la desagradable situación de ser despojada de sus bienes creyendo que el sujeto porta un arma real, permita imputar el robo con armas, ya que no cumple con el requisito constitucional de lesividad y culpabilidad, teniendo en cuenta que la pena debe ser acorde a la lesión al bien jurídico, y como mínimo el arma debe poseer capacidad ofensiva o vulnerante.-

Consideramos que el artículo sobre el robo con armas en el Código Penal vigente es una demostración clara de lo que este Anteproyecto pretende evitar y solucionar, desde el punto de vista de la desproporción de la pena y las

²⁸ Conforme se desprende de la página 208 del Anteproyecto de reforma del C.P., que puede leerse en <http://www.infojus.gov.ar/images/libros/anteproyecto-codigo-penal.pdf>



contradicciones casuísticas que presenta la figura, cuyo origen obedece al deficiente trámite legislativo, viciado por la permeable voluntad de nuestros representantes que introdujeron cambios inconsistentes en materia penal al ceder ante las presiones mediáticas.

Por lo tanto, creemos que resulta de suma importancia que el texto propuesto en el Anteproyecto sea acorde a la finalidad que los inspiró y pueda avizorarse el cambio que nuestra legislación necesita.

Esto significa que no puede considerarse arma a lo que no es y no puede castigarse de la misma manera lo que no tiene la misma capacidad ofensiva. Tampoco es acertado que el juez tenga una escala penal significativamente amplia para individualizar una pena en el caso concreto, sea robo con arma real o simulada, debido a que se generarían disparidades y condenas desproporcionadas ante su innegable discrecionalidad.

En definitiva, el empleo de un arma simulada o de juguete, al no ser un arma, es apto para calificar el apoderamiento como robo, puesto que la intimidación se logra al creer la víctima que se la amenaza con un arma, pero no lo es para adecuar el hecho a la figura agravada. Así, el apoderamiento ilegítimo cometido con arma falsa o simulada podrá considerarse como robo, pero no robo con armas.

11. LA PERSERVERANCIA DE LA ASOCIACION ILICITA

La exposición de motivos del Anteproyecto comienza reconociendo que *“La constitucionalidad del tipo de asociación ilícita del vigente artículo 210 ha sido puesta en duda por la doctrina”*.

Lleva consigo esa sospecha de ilegitimidad desde su génesis: su inclusión



en el código se debe en parte a un atentado anarquista en el teatro Colón en 1910. Y la historia de su aplicación no ofrece nada distinto dado que persistió su funcionalidad para la persecución con tintes políticos. Basta mirar que el considerable aumento de pena de la figura, hoy vigente, tuvo lugar en el año 1974, tomando ribetes dramáticos la redacción del tipo con la ley de facto 21.338, dictada durante la última dictadura militar, que invocó expresamente “su más perfecta adecuación al momento actual, en especial a lo que hace a la tipificación y represión de los delitos subversivos”.

Más cerca en el tiempo, la experiencia muestra que su utilización como instrumento para encarcelar preventivamente ante la falta de prueba de otros delitos de mayor gravedad –a la manera de la pena de sospecha o pena extra ordinaria inquisitorial- es bastante frecuente.

Varios reparos merece el tipo penal a la luz de los principios constitucionales.

En tanto adelantamiento del castigo a etapas previas a la efectiva lesión del bien jurídico –pues reprime el acuerdo para cometer delitos, acto puramente preparatorio– vulnera el **principio de ofensividad** del artículo 19 de la CN, ahora enunciado expresamente en el artículo 1 del código. La contradicción entre ambos preceptos del mismo texto se vuelve aquí clara.

La figura no demanda que la concurrencia con finalidades ilícitas se exteriorice en la comisión de ilícitos penales, es decir, no es preciso que el pacto trascienda en la ejecución de conductas disvaliosas, lo que desdibuja la frontera que traza ese precepto constitucional entre aquello que puede ser materia de prohibición penal y lo que debe quedar fuera de ese alcance.

Esa delimitación además implica la opción del constituyente por el derecho



penal de acto –es decir, que los tipos penales solo pueden prohibir conductas y no pensamientos, actitudes, tendencias internas, por reprobables que sean– lo que a su vez determina el contenido del principio de culpabilidad.

De ahí que se presente el tipo como un peligroso medio para invadir el ámbito de autonomía y libertad individual –que garantiza a todos y a cada uno que disponga de su proyecto vital de acuerdo a sus propias elecciones–, además de constituir una afrenta contra la libertad de reunión del artículo 14 de la CN.

No se salva esa objeción recurriendo a la creación artificial de un bien jurídico supra-individual o mediante el “atajo” de afirmar que constituiría una forma mediata de protección de bienes particulares, pues cualquiera de los dos caminos no esconde más que la pretensión de castigar cuando no hay daño. Eso se advierte a poco que se repasen los conceptos que -con esmero- ha realizado la doctrina y jurisprudencia del orden público: “tranquilidad y confianza social en el seguro desenvolvimiento pacífico de la vida civil” (Soler) “confianza general en el mantenimiento de la paz social” (F. Balestra), “sinónimo de tranquilidad pública o paz social. Es decir, de la sensación de sosiego de las personas integrantes de una sociedad nacida de la confianza de que pueden vivir en una atmósfera de paz social” (CSJN Fallo Stancanelli), justificándose la tipificación del delito por la alarma y zozobra que genera en la comunidad. El concepto de bien jurídico se desnaturaliza una vez más, al transformarse en receptor de cualquier contenido – que nada tiene de real y concreto- para legitimar la intervención punitiva.

Los cuestionamientos desde el **principio de legalidad** no tienen menos fuerza. Poco hay de determinado e inequívoco en la redacción de la acción prohibida; ningún elemento queda que no haya sido discutido hasta el hartazgo. Lo único cierto, además de la pena, es el número de personas: eso sí, el número, porque los requerimientos subjetivos de los integrantes ha sido también materia de debate. Si basta con el pacto – es decir, con la mera adhesión o asociación -o



es preciso realizar otra acción: en ese sentido la nueva redacción, que elimina la frase “por el solo hecho de ser miembro”, en la que se respaldaba la primera posición claramente incompatible con el principio – pues justifica el castigo por la sola intención -mejora la técnica legislativa, al igual que el requisito de estabilidad de la organización– ya exigido por la doctrina en general, que lo diferencia de la *conspiracy* anglosajona y restringe sus alcances de modo significativo-.

Afecta severamente en su actual redacción la vigencia del **principio de proporcionalidad**. Y es que por su elevada escala penal puede llevar al absurdo de punir más severamente, por ejemplo, la organización para cometer varias estafas que la ejecución de esos mismos ilícitos –es decir, que el acuerdo para preparar el delito de lesión sea merecedor de más pena que el delito de lesión mismo–. Desde este punto de vista, la reforma propuesta mejora y mucho, pues rebaja la pena y limita también los delitos que pueden ser objeto del acuerdo.

Además introduce modificaciones en el tipo agravado del artículo 210 bis, tendientes a dotarlos de mayor racionalidad –es destacable a ese respecto la precisión de los fines que agravan la figura, la eliminación de la forma especial de participación–.

El comentario al artículo culmina *“La redacción que se propone en el inc. 1° no pretende resolver todos los problemas de constitucionalidad, pero al menos intenta dar mayor racionalidad a la figura”*.

Es verdad, poco y nada hacen las enmiendas pretendidas para superar las objeciones de inconstitucionalidad –menos de pena, eso sí, de modo de garantizar la excarcelación, pero también la persecución penal–. Y es que este parece ser uno de los artículos que patentiza los “compromisos” o “consensos” a los que debieron tener que llegar los miembros de la comisión. Así, la



modificación sabe a poco para quienes denunciemos la ilegitimidad del tipo desde el punto de vista de los más elementales principios del derecho penal liberal.

12. EL DELITO DE FALSIFICACIÓN DE MARCAS Y DESIGNACIONES

Dentro del capítulo VII, encontramos a los delitos contra la propiedad de marcas y designaciones, que viene a incorporar aquellas conductas tipificadas desde el año 1980 por la ley 22.362.

El artículo 151 sobre falsificación o uso indebido de marcas y designaciones, expresa:

“1. Será reprimido con pena de SEIS (6) meses a SEIS (6) años de prisión y de TREINTA (30) a CUATROCIENTOS (400) días de multa, el que falsificare o imitare fraudulentamente una marca registrada o una designación perteneciente a un tercero.

2. La misma pena se impondrá al que:

a) La usare, pusiere en venta o vendiere sin la autorización de su titular.

b) Organizare, administrare o promoviere la comercialización de productos o servicios con marca registrada falsificada, fraudulentamente imitada o perteneciente a un tercero sin su autorización.”.

Para comenzar, es necesario recurrir a los fundamentos expuestos por la comisión redactora del anteproyecto. Allí, se señaló que: *“Lo que se propone despenalizar es la simple comercialización de estos productos o servicios, pues la experiencia judicial muestra que se emplean en esas actividades a personas de sectores sociales vulnerables, que suelen ser las únicas en pasar por el sistema penal*



ASOCIACIÓN PENSAMIENTO PENAL

por estos delitos....sancionar penalmente a quienes comercializan productos falsos no contribuye en modo alguno a tutelar los derechos de los titulares de las marcas o designaciones”²⁹.

La primera observación es que el texto de la norma no recoge la voluntad político-criminal manifestada por la comisión redactora, esto es, desincriminar la simple comercialización de los productos falsificados. Lo cierto es que estas conductas quedarían comprendidas en el inciso 2, apartado a) del citado artículo, cuya pena sería la misma que le correspondería a aquél que falsificare la marca o designación, u organizare, administrare o promoviere la comercialización.

La actividad relativa a la venta callejera de productos falsificados se ha convertido en los últimos años en una realidad, uno puede caminar por determinadas avenidas con la ilusión de encontrar el último estreno de Hollywood, las carteras de las principales marcas europeas, o la camiseta del goleador favorito, todo ello, a un precio sensiblemente inferior que el correspondiente.

²⁹ Conforme se desprende de la página 215 del Anteproyecto de reforma del C.P., que puede leerse en <http://www.infojus.gov.ar/images/libros/anteproyecto-codigo-penal.pdf>



ASOCIACIÓN PENSAMIENTO PENAL

Esto generó fuertes debates sobre la prohibición o regularización de la venta callejera³⁰, los medios de comunicación contribuyeron a una fuerte estigmatización sobre los denominados “manteros”, cuyo fenómeno se refiere a personas que instalan puestos precarios, con mantas o aprovechando alguna comodidad, en la vía pública, donde ofrecen a la venta diversos productos. Así fue descrito por el fiscal de la Cámara de Casación Penal Javier De Luca, quien consideró que en el caso concreto (venta de CD’s de música y películas) no alcanzaba para tener por acreditada una lesión de relevancia al bien jurídico de la ley de marcas que habilite la reacción punitiva del Estado³¹.

Además, manifestó que la acción de las autoridades en estos casos, se limita a la detección y represión de los llamados “manteros” o vendedores ambulantes de objetos falsificados, a sacarlos de circulación e incautarse la mercadería, sin realizar el más mínimo esfuerzo para proseguir hacia arriba en la línea o pirámide delictiva.

Este proceder de las autoridades de prevención –luego confirmada por la (in)acción del aparato judicial– genera que se criminalice el eslabón más débil de una organización criminal mucho más amplia, que utiliza precisamente a personas de bajos recursos económicos, sociales y culturales para llevar adelante la comercialización ilegal.

³⁰Puede observarse el debate en notas de los principales diarios “Exigen que la Ciudad saque a los manteros de la calle Florida” http://www.clarin.com/ciudades/Exigen-Ciudad-saque-manteros-Florida_0_470953013.html; “La Legislatura prohibió a los ‘manteros’” <http://www.pagina12.com.ar/diario/ultimas/20-182954-2011-12-08.html>; “Manteros, mafias y delitos” <http://www.lanacion.com.ar/1660748-manteros-mafias-y-delitos>.

³¹ Conf. dictamen N° 7868 en la causa N° 16.914 de la Sala I “Andrade, Luz María s/recurso de queja” y dictamen en causa N° 227/2013 de la Sala II, “Villanueva González, Jorge A. S/recurso de casación”.



Este punto de vista fue desarrollado por la Procuradora General Alejandra Gils Carbó³² al desistir de un recurso fiscal en una causa donde a un sujeto se le imputaba la violación a la ley por ofrecer a la venta ropa de una marca visiblemente falsificada. Argumentó que no se afectó el bien jurídico, teniendo en cuenta que no existió posibilidad cierta de que algún comprador sea víctima de un engaño, ya que la ropa se vendía en la calle, su calidad era notoriamente inferior a la que debería corresponder de acuerdo con las etiquetas y el precio vil era indicativo de esta situación. Además, entendió que no hubo un perjuicio contra el industrial, toda vez que, por la cantidad y calidad de los objetos incautados, y tratándose de venta al menudeo, no era en absoluto capaz de comprometer a una compañía trasnacional.

Por todas estas circunstancias, que la misma comisión ha reconocido, se avizoraba que la simple comercialización de productos con marcas falsificadas no iba a ser penalmente relevante en el anteproyecto que se presentó al Poder Ejecutivo.

Consideramos que castigar penalmente a la conducta más inofensiva hacia el bien jurídico es contradictoria con los datos de la realidad que la comisión redactora reconoce. No se está bregando por el desbaratamiento de los derechos marcarios, sino que aquí se cuestiona el castigo que sufrirán aquellos sectores sociales que se encuentran en situación de vulnerabilidad, cuya circunstancia es aprovechada por las organizaciones delictivas.

En los fundamentos la comisión reconoció que quienes organizan y financian estos circuitos de comercialización “*sospechosamente nunca o casi nunca son alcanzados por el sistema penal*” y cuentan con “*una importante reserva de*

³² S.C. M.1263, L XLVIII M. G. D. A. s/ Causa N° 15341.



*fuerza de trabajo a su disposición*³³, por lo que a este grupo determinado de sujetos se les aplicaría el apartado b) del inciso 2.

Todo indica que el texto plasmado omitió tener en consideración sus propios fundamentos, quizás involuntariamente, y podrá ser resuelto en el recinto legislativo con la correspondiente supresión del apartado a) del inciso 2.

Pero además, otro punto criticable relacionado con la venta simple del producto falsificado, es que el enunciado del tipo penal no distingue a la persona u organización que falsifica la marca o designación, de aquel que hace uso de la marca u ofrece el producto a la venta. Es decir que pretende castigar de la misma manera a quien tiene el dominio de estas organizaciones delictivas que a los sujetos que ofrecen a la venta sus productos.

Por otro lado, no compartimos la nueva escala punitiva de la figura, por resultar muy elevada desde el punto de vista de la lesión al bien jurídico y por ser desproporcionada en comparación con otras figuras más gravosas reguladas en el nuevo texto (la pena anterior era de tres meses a dos años y actualmente pasaría a ser de seis meses a seis años).

Si se aprobara esta redacción, el juez podrá condenar a un *mantero* – persona que se gana la vida ofreciendo productos en la vía pública– a seis años de prisión, misma escala penal que las lesiones graves, homicidio en riña o privación ilegal de la libertad agravada.

A simple vista apreciamos que ésta disposición colisiona con los principios de proporcionalidad de las penas, culpabilidad y ofensividad, que además de estar incorporados al artículo 1 del anteproyecto, gozan de amparo constitucional y convencional.

³³ Conforme se desprende de la página 215/216 del Anteproyecto de reforma del C.P. ya citado.



El Dr. Raúl Zaffaroni, como presidente de la comisión, fue el encargado de la “Exposición de motivos”, en la cual se reconoce la necesidad de unificar la legislación existente y lograr sistematicidad en el deteriorado código penal, con lo cual, una buena medida para lograrlo sería: I) eliminar el apartado a) del 2° inciso y II) disminuir la escala punitiva, con el fin de mantener el equilibrio y proporcionalidad con el resto de las figuras.

13. EL DELITO DE ENCUBRIMIENTO

El texto propuesto para regular las variables de encubrimiento reúne en un sólo artículo, el 279, los supuestos contemplados en los actualmente vigentes artículos 277, 278 y 279 (que, junto a los artículos 277bis y 277ter³⁴, conforman el capítulo XIII) y, a la vez, los reordena, sistematiza y, en considerable medida, clarifica.

Es cierto lo referido en la exposición de motivos del proyecto en cuanto a que “la técnica empleada en la ley vigente es realmente deficiente” ya que “las disposiciones de este capítulo son confusas y hasta reiterativas” no existiendo “una sistemática adecuada y clara”. Conforme a ello, “sin alterar los ámbitos prohibidos ni introducir alteraciones en cuanto a la pena, se propone un reordenamiento más racional”, en gran medida logrado.

En ese rumbo, tal como se aclara en la referida exposición de motivos, se introducen las siguientes modificaciones:

- Se suprime el apartado “d” del inciso 1° del texto vigente (es decir, el supuesto de quien “no denunciare la perpetración de un delito o no

34 Estos dos artículos desaparecen, careciendo de sentido a la luz de la absorción de la figura del abigeato en los términos de la figura del robo (artículo 141 del proyecto). Esta cuestión excede los márgenes del presente análisis.



individualizare al autor o partícipe de un delito ya conocido, cuando estuviere obligado a promover la persecución penal de un delito de esa índole”) debido a la tipificación específica de los delitos de “omisión de persecución” y de “omisión de denuncia” (artículos 277 y 255 del proyecto, respectivamente). La modificación parece correcta si se piensa que se trata de situaciones puntuales que afectan a la “administración de justicia” como consecuencia de un incumplimiento funcional; esto es, se trata -si se quiere- de formas particulares de encubrimiento realizadas por funcionarios públicos en las que tiene superior preponderancia la violación de los deberes propios de la función pública, en sí, o la denegación o retardo de justicia que el incumplimiento funcional conlleva; se logra, de esta manera, mayor claridad sistemática.

- Se suprime la palabra “producto” del apartado “e” vigente (que en el proyecto pasa a ser el “d”) que deviene redundante por estar comprendida en el “provecho” expresamente definido en la figura del “decomiso del provecho” (artículo 54 inciso 1° del proyecto³⁵).

- Una de las modificaciones que parecen más importantes en miras a la materialización de la exigencia de razonabilidad de la ley es la supresión del inciso 2° vigente³⁶ “por tratarse de un supuesto culposo, cuya redacción ha generado frecuentes dudas”. En efecto, la extensión de la punibilidad a casos en que “el autor podía sospechar” que el dinero, las cosas o los efectos adquiridos, recibidos u ocultados “provenían de un delito” (conforme fórmula que subsiste en la actual redacción) implica, lisa y llanamente, la imposición de un deber de cuidado a quien recibe cualquier bien en cualquier carácter, es decir, atenta contra la deseada presunción de buena fe en las operaciones de la vida

35 “Se entiende por provecho del delito los bienes provenientes directamente de él y aquellos en que se hubiesen transformado o que los hubiesen sustituido”.

36 “En el caso del inciso 1, c), precedente, la pena mínima será de un (1) mes de prisión, si, de acuerdo con las circunstancias, el autor podía sospechar que provenían de un delito”.



cotidiana y, en cierta medida, obliga absurdamente a inspeccionar la procedencia de lo recibido, corroboración que además resulta en general impracticable; podemos fácilmente imaginarnos las consecuencias de semejante obligación para las operaciones cotidianas: un comerciante debería chequear la licitud -al menos en determinadas circunstancias- del dinero recibido a cambio del producto vendido lícitamente, lo mismo tendría que hacer quien realiza una operación de compraventa o trueque de productos (sobre todo de los de “segunda mano”, transacción frecuente a través de sistemas *on line* o de publicaciones impresas dedicadas a tal fin).

- Se suprime el apartado “d” del artículo 277 inciso 3 actualmente vigente, que contempla la agravación por el carácter de funcionario público del autor³⁷. Al mismo tiempo, se incluyen en el inciso 4 del proyecto los supuestos actualmente contemplados en el artículo 279 inciso 3. Es decir que, conforme al proyecto, la condición de funcionario sólo es agravante cuando “cometiere el encubrimiento en el ejercicio de sus funciones”, lo que resulta alentador ya que esa aclaración pone límites concretos el tipo penal logrando mayor armonía con el principio de legalidad sustantivo (consagrado en el artículo 1 inciso 2 apartado “a” del proyecto como “legalidad estricta”, e impuesto por los artículos 18 y 19 de la Constitución Nacional, 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, entre otras normas incorporadas al artículo 75 inciso 22 constitucional).

- El vigente inciso 4 del artículo 277 pasa a ser el inciso 3 del artículo 279 del proyecto, con las modificaciones a señalar. Resulta importante, en miras a la claridad de la norma, la simplificación de la fórmula de exclusión de punibilidad. Otro punto favorable es el agregado del “conviviente estable” al catálogo de personas exentas de pena: si bien se trata de una terminología de cierta

37 El resto de las circunstancias agravantes enumeradas en el inciso 3 del artículo 277 vigente se mantienen en el inciso 2 del proyecto.



vaguedad, considerando que en estos supuestos se busca proteger las relaciones familiares y de amistad, sería injusto no equiparar al conviviente con el cónyuge cuando -en general- la diferencia entre uno y otro es meramente formal; a la vez, es irrazonable que se busque proteger una relación de amistad y no una de convivencia; empero, lamentablemente no se contemplan expresamente otros casos, como por ejemplo el de pareja no conviviente (que, suponemos, debería ser asimilado -analogía *in bonam partem*- a otros casos expresamente contemplados, por ejemplo: “amigo íntimo”).

- Como todo aquello que aporte claridad al texto legal, es positiva la simplificación de las previsiones de los actuales incisos 1 y 2 del artículo 279, unificadas en el inciso 6 del proyecto.

Como se adelantara, en resumen, gracias al reordenamiento y la sistematización referidos el texto propuesto logra mayor claridad y precisión.

Sin embargo, lamentablemente se mantiene -entre otros menos importantes- un grave problema: el apartado “a” del inciso 2 propuesto no supera un análisis de constitucionalidad, como se verá.

En efecto, en lo que (contrariamente a lo anunciado en la exposición de motivos) constituye un caso de ampliación de los márgenes de punibilidad³⁸ del artículo 279 del proyecto, el inciso 2 apartado “a” agrava las penas cuando “el hecho se refiere a un delito cuya pena mínima fuere de tres (3) o más años de prisión”.

Pues bien, considerando que a los efectos de la configuración del delito de encubrimiento (figura autónoma del delito que le es precedente) suele no exigirse conocimiento de la especie (calificación) de aquel sino, simplemente, de su

38 El texto actualmente vigente agrava la pena cuando se trate de delitos “cuya pena mínima fuera superior a tres (3) años de prisión”, mientras que para el texto propuesto basta con que la pena sea de “tres (3) o más años”.



conurrencia, la agravante señalada puede colisionar insalvablemente con el principio de culpabilidad.

Recuérdese que “no habrá pena sin culpabilidad ni que exceda su medida” (conforme el artículo 1 inciso 2 apartado “b” del proyecto define al principio de culpabilidad, consagrado por lo demás en los artículos 18 y 19 de la Constitución Nacional) y sucede que en el caso, precisamente, se estaría agravando la pena al autor del delito autónomo “encubrimiento” en función de la calificación jurídica del delito anterior; acorde a lo ya expuesto, es evidente que el autor del encubrimiento no siempre tendrá conocimiento de las circunstancias concretas que eventualmente influirán en el encuadramiento jurídico del delito precedente, resultando ilegítima la agravación señalada. En otras palabras: conforme a la literalidad del texto se agrava la pena por circunstancias que pueden ser desconocidas por el autor; cuando eso suceda, podría decirse, la pena superará la medida de la culpabilidad.

Desde luego, lo referido eventualmente podría (y así debería suceder) subsanarse a través de una adecuada interpretación judicial en cada caso particular; lo concreto es que la literalidad del texto adolece del problema señalado.

14. FALSIFICACIÓN DE DOCUMENTOS EN GENERAL

El reordenamiento efectuado al capítulo “Falsificación de documentos en general” mantiene los serios problemas constitucionales de los actuales artículos 292 a 298. Veamos.

Particular problema presenta la reiterada aclaración: “de modo que pudiere resultar perjuicio” (presente en la ley vigente y mantenida en el artículo 287 incisos 1, 3 y 4 del proyecto).



Esa aclaración, que -podría sostenerse- pretende recortar el ámbito de punibilidad de la ley penal expulsando de su órbita a casos inocuos, no resuelve -en realidad- el problema constitucional que se propone sortear: la afectación del principio de lesividad u “ofensividad” (consagrado en el artículo 19 de la Constitución Nacional y receptado en el artículo 1 inciso 2 apartado “c” del proyecto). Antes bien, evidentemente, esa aclaración busca ocultar una ineludible afectación a ese principio.

Debe recordarse que el “perjuicio potencial” al que hacen referencia las figuras comentadas (y que en estas líneas analizamos) no se refiere al bien jurídico anunciado como su fundamento: “fé pública”, sino a otros bienes jurídicos de terceros (v. gr.: propiedad, vida, integridad física, etcétera); es decir que -conforme a la metodología planteada- la conducta debe afectar la “fé pública” (lo que sucedería con la falsificación o adulteración en sí) y, además, tener potencial de afectación de otro bien jurídico ajeno (que sólo podría resultar afectado eventualmente, de utilizarse en forma idónea el documento anteriormente referido).

Se trata, claramente, de delitos de peligro, es decir, de casos de adelantamiento del momento consumativo a etapas previas a cualquier efectiva lesión. Para peor, se trata de delitos de peligro abstracto, es decir, de peligros que por la lejanía de su concreción resultan manifiestamente artificiales: el potencial de lesión de un bien jurídico ajeno concreto que tiene la falsificación o adulteración de un documento es notoriamente difuso, y su sola materialización no implica de por sí un riesgo de concreción de tal lesión en el mundo real.

La maquinación llevada a cabo por estas figuras funcionaría de la siguiente manera: se crean bienes jurídicos intermedios (fe pública) cuya afectación es considerada lesiva por el sólo hecho de poner en peligro otros bienes jurídicos ajenos; esto es: la falsificación o adulteración del documento afectaría la “fe pública” en cada caso concreto porque tendría potencial de



lesionar otro bien jurídico ajeno (que, en concreto, jamás habría resultado lesionado, ni estado cerca de ello).

Lejos está el proyecto, en estos casos, de la satisfacción del principio de lesividad u ofensividad consagrado en su artículo 1 inciso 2 apartado “d” que reza que “no hay delito sin lesión o peligro efectivo para algún bien jurídico”.

Cabe aclarar que también afecta al principio de lesividad referido la subsistencia de los términos del artículo 299 vigente (en el artículo 289 del proyecto), en tanto se pena a quien meramente (sin afectación concreta o potencialmente cercana) “conservare en su poder, materias, instrumentos o elementos, conocidamente destinados a cometer alguna de las falsificaciones” de aquel título.

A tal afectación debe agregarse, en este último caso, que el empleo del término “conocidamente” implica una grave afectación al principio de legalidad sustantiva (consagrado a través de la correlación de los artículos 18 y 19 de la Constitución Nacional y receptado por el artículo 1 inciso 2 apartado “a” del proyecto), debido a su grave imprecisión.

Se trata, en efecto, de un término teñido por una vaguedad de tal magnitud que provoca en el tipo penal una apertura que sólo podría ser cerrada por el juez al momento de la interpretación posterior, en vulneración de la exigencia de precisión y de ley formal previa derivadas del principio de legalidad e, incluso, del principio de división de poderes; a su vez, como los alcances del tipo penal no pueden ser conocidos hasta el momento de esa interpretación judicial posterior, se ve truncada la previsibilidad buscada por el principio de legalidad en procura de seguridad jurídica por lo que, evidentemente, se afecta también al principio de culpabilidad (no puede existir válidamente un reproche cuando no hayan podido ser conocidos y comprendidos los alcances de lo prohibido).



Desde un ángulo diametralmente diferente, para finalizar, es pertinente advertir que los primeros dos incisos del artículo 287 sugerido en el proyecto desglosan los dos supuestos contemplados en el actual primer párrafo del artículo 292, y que el inciso 1º del proyecto, a su vez, eleva el máximo de la escala penal prevista para el primer supuesto del párrafo 1 del artículo 292 (en ambos se contempla la sanción penal correspondiente a quien “hiciera en todo o en parte un instrumento público falso o adulterare uno verdadero”), que pasa de seis a ocho años.

No se explican los motivos de semejante aumento en el máximo de la escala penal, pero parece evidente la colisión con el principio de proporcionalidad consagrado en el artículo 1 inciso 2 apartado “d” del proyecto (derivado del principio republicano consagrado en el artículo 1 de la Constitución Nacional). En efecto, resulta difícil imaginar un supuesto en que una falsificación o adulteración documental pueda equiparar, en términos de lesividad y reproche, a un homicidio doloso y, sin embargo, la escala penal contemplada por el proyecto para este supuesto permite perfectamente tal equiparación: la pena máxima prevista para esta figura es equivalente al mínimo de la escala penal contemplada para el homicidio (artículo 76 del proyecto). Esa pena máxima, en efecto, resulta “notoriamente desproporcionada con la lesión y la culpabilidad por el hecho”.

En el texto vigente, cabe resaltar, ello sólo sucede en los casos de los párrafos 2 y 3 del artículo 292, que en el proyecto desaparecen por perder sentido frente a la elevación general ya señalada. Es decir, el proyecto propone generalizar una escala penal que hoy ya es notoriamente desproporcionada pero reservada a unos pocos casos expresamente contemplados.

Una situación análoga se da con el inciso 4 del artículo 287 proyectado, en relación al actual artículo 293; el segundo párrafo de este último desaparece al generalizarse el máximo de ocho años, abarcando también a los casos



ASOCIACIÓN PENSAMIENTO PENAL

comprendidos en el primer párrafo vigente (que actualmente mantienen un máximo de seis años).

En ambos casos, al mismo tiempo -y tal vez como contrapartida-, se generaliza también el mínimo de la escala penal que hoy corresponde al tipo básico (es decir que en los tipos agravados se disminuye el mínimo legal de tres años a un año). Esto, sin embargo, no atempera la desproporción antes señalada.