

# Derecho Penal

AÑO III NÚMERO 9

## Anteproyecto de Código Penal de la Nación (parte II)

Directores: Alejandro Alagia - Javier De Luca - Alejandro Slokar

---



Ministerio de  
Justicia y Derechos Humanos  
Presidencia de la Nación

 Infojus  
SISTEMA ARGENTINO DE  
INFORMACIÓN JURÍDICA

---



AÑO III - NÚMERO 9

# Derecho Penal

---

**PRESIDENCIA DE LA NACIÓN**

Dra. Cristina Fernández de Kirchner

**MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS**

Dr. Julio Alak

**SECRETARÍA DE JUSTICIA**

Dr. Julián Álvarez

**SUBSECRETARÍA DE ACCESO A LA JUSTICIA**

Lic. María Florencia Carignano

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

Dra. María Paula Pontoriero

---

ISSN 2250-7558

Revista Derecho Penal

Año III - N° 9 - abril 2015

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

Directora Nacional: María Paula Pontoriero

Directora de Ediciones: Laura Pereiras

Coordinadoras de contenido: María Rosa Roble - Cecilia Vanin

Responsable de diseño gráfico: Gabriela Fraga

Correo electrónico: ediciones@infojus.gov.ar

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

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

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

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

Alejandro Alagia - Javier De Luca  
Alejandro Slokar

Directores

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

Secretarios de Redacción



Francisco Figueroa - Antonela C. Ghezzi  
Gabriela L. Gusi - María Ángeles Ramos  
Emiliano Espejo - Bruno Netri

Colaboradores

Diego García Yomha - Juan Pablo Iriarte  
Santiago Martínez - Nahuel Martín Perlinger

Colaboradores  
Sección Organización Judicial





# Consejo Académico

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



# Editorial

Este nuevo ejemplar de la Revista de Derecho Penal tiene como objetivo continuar profundizando la discusión comenzada en el número anterior sobre el Anteproyecto del Código Penal de la Nación. Por esa razón convocamos y aceptaron participar prestigiosos autores internacionales y locales, que abordan la temática desde las más variadas perspectivas y puntos de vista.

Puntualmente, se desarrollarán, entre otros, los siguientes temas: la superadora versión del tratamiento legislativo que ofrece el Anteproyecto, respecto del actual Código Penal sobre la tipificación del delito de corrupción de menores; una comparación entre las experiencias argentina e italiana respecto de la reforma del derecho penal; la discusión respecto del tratamiento de la suspensión del proceso a prueba que surge del Anteproyecto, el cual trae la eliminación de la existencia de una pena de inhabilitación; el análisis del Título XV del Anteproyecto, "Delitos contra la Administración Pública", con ciertas modificaciones respecto del actual Código, a fin de adecuar nuestra legislación a los estándares que surgen de los instrumentos internacionales suscriptos por nuestro país; la revaluación de la figura del infanticidio en el Nuevo Texto Penal; entre otros.

Por último, consideramos conveniente resaltar y recordar que un Código Penal es una empresa de administración y control del poder punitivo y, en ese cometido, debe reflejar los principios de la democracia y del Estado constitucional de derecho, y las limitaciones y postulados que de ellos derivan; es una política de estado que trasciende a todos los gobiernos y coyunturas políticas. Por ello, debe quedar exento de las propuestas demagógicas y populistas que tanto daño hicieron a la humanidad toda.

Los directores



# Índice General

<b>Doctrina</b>	<b>p. I</b>
El delito de corrupción de menores. Algunas reflexiones por FLORENCIA CANESE MILLO.....	p. 3
El Anteproyecto de Código Penal argentino. Comparación con la experiencia italiana en materia de reforma del derecho penal por ANTONIO CAVALIERE.....	p. 17
Pena de inhabilitación y suspensión del proceso a prueba. Una modificación importante por DANIEL O. CUENCA .....	p. 37
Le misure di sicurezza per ‘infermi di mente’ nell’esperienza italiana e nell’Anteproyecto di codice penale argentino del 2014 por FRANCESCO MARCO DE MARTINO .....	p. 43
Los actos de corrupción en el Anteproyecto del Código Penal de la Nación por MARTÍN G. DEGUMOIS y ANTONELA C. GHEZZI.....	p. 49
El principio de legalidad en el régimen penal cambiario. Necesidad de su reforma por PATRICIA GUZMÁN .....	p. 85
La muerte del recién nacido y sus atenuantes. Hacia la reincorporación de la figura del infanticidio por CAROLINA MORALES DEGANUT.....	p. 107
El delito de genocidio en el Anteproyecto del Código Penal. El problema de las fuentes y sus jerarquías en la configuración de la estructura típica de la figura por BRUNO NETRI .....	p. 123

**ÍNDICE GENERAL**

---

El delito de robo agravado por su comisión con arma de fuego.  
Un avance en sobriedad y racionalidad  
por BÁRBARA SEGHEZZO y PABLO E. ROSSI.....p. 143

Anteproyecto del Código Penal. Algunas consideraciones  
por NORBERTO TAVOSNANSKA.....p. 153

El delito de violación. Fin de una discusión  
por HÉCTOR EDUARDO VENTOLA .....p. 171

Delitos contra el orden económico y financiero  
en el Anteproyecto de Código Penal. Análisis político-criminal  
por ALEJANDRA ZARZA ..... p. 177

**Fuentes citadas** **p. 191**

**Índice temático** **p. 199**

---

Esta publicación se encuentra disponible en forma libre y gratuita en: [www.infojus.gob.ar](http://www.infojus.gob.ar)

# Doctrina

---





# El delito de corrupción de menores

## Algunas reflexiones

por FLORENCIA CANESE MILLO<sup>(1)</sup>

### I | Introducción

El presente artículo tendrá por objeto explicar las principales diferencias que existen en la tipificación del delito de corrupción entre el actual Código Penal (en adelante, CP) y el Anteproyecto de Código Penal, como también los motivos por los cuales creemos que en el segundo se brinda una versión superadora de la actual norma penal. Cabe aclarar que no se pretende ahondar en el estudio del delito de corrupción en sí mismo, sino en el tratamiento legislativo dado en uno y en otro supuesto.

Asimismo, se delinearán y explicarán, con una visión crítica, los principales aspectos normativos del delito de corrupción en la versión del Anteproyecto. Se dejará de lado todo lo concerniente al inciso segundo del art. 133 del Anteproyecto de Código Penal, que legisla un supuesto de acto preparatorio del delito de corrupción, porque contiene matices propios que requieren un tratamiento diferenciado.<sup>(2)</sup>

.....

(1) Facultad de Derecho (UBA).

(2) Se legisla el denominado “grooming”. El inciso segundo del art. 133 del Anteproyecto de Código Penal dice: “Será penado con prisión de uno (1) a cinco (5) años, el mayor de edad que tomare contacto con un menor de trece años, mediante conversaciones o relatos de contenido sexual, con el fin de preparar un delito de este Título”.

## 2 | El delito de corrupción en el actual CP. Críticas. Toma de posición

El actual art. 125 CP vigente dice: “El que promoviere o facilitare la corrupción de menores de dieciocho años, aunque mediare el consentimiento de la víctima será reprimido con reclusión o prisión de tres a diez años”.

En dicho artículo, el concepto de “corrupción” es vago, relativo e indeterminado. A su vez, está sujeto a la valoración del intérprete y, por ende, adolece de un déficit respecto de la exigencia de certeza de la ley penal como corolario del principio constitucional de legalidad (art. 18 CN).

La Corte IDH sostuvo en varios precedentes que:

... en la elaboración de los tipos penales es preciso utilizar términos estrictos y unívocos, que acoten claramente las conductas punibles, dando pleno sentido al principio de legalidad penal. Este implica una clara definición de la conducta incriminada, que fije sus elementos y permita deslindarla de comportamientos no punibles o conductas ilícitas sancionables con medidas no penales. La ambigüedad en la formulación de los tipos penales genera dudas y abre el campo al arbitrario de la autoridad.<sup>(3)</sup>

En el delito de corrupción del art. 125 CP resulta evidente que se trata de un caso en el que la punibilidad no está legalmente prevista, sino que es el juez el que debe determinar la conducta prohibida.

Existen muchos tipos penales que describen un resultado y no circunscriben las acciones mediante las cuales se los alcanza (por ejemplo, homici-  
.....

Se trata de la tipificación de un acto preparatorio que si alcanza el nivel de comienzo de ejecución del otro delito desaparece en función de las reglas del concurso aparente. Entre los fundamentos del Anteproyecto de Código Penal se dice expresamente que: “Si bien no son simpáticas las tipificaciones de actos preparatorios, por ser adelantamientos de punibilidad indeseables en general, que muchas veces pueden comprometer actos inofensivos, en este supuesto este riesgo se evita mediante la exigencia del elemento subjetivo ultraintencional del tipo. El mero hecho de tratar de llegar a un contacto directo con la víctima, está revelando un fuerte indicio de este elemento”.

(3) CORTE IDH, “Castillo Petruzzi y otros vs. Perú” (Fondo, Reparaciones y Costas), 30/05/1999; “Kimel vs. Argentina” (Fondo, Reparaciones y Costas), 02/05/2008.

dio, lesiones, injuria, etc.), pero en el caso del art. 125 la cuestión se agrava porque ni siquiera el resultado está descripto. La cuestión, entonces, no pasa por definir en cada caso concreto, con la ayuda de otras ramas del conocimiento, un concepto de persona corrupta o corrompida desde el punto de vista sexual —y desde ahí establecer cuáles son las conductas promotoras o facilitadoras de ese estado—, sino que ello debe estar previamente definido por la ley. Los intentos de encontrar el contenido del término “corrupción sexual” en el ámbito de la medicina, la biología, la psicología, las costumbres sociales o los valores imperantes en un momento dado no superan el método de definirlo como contrapuesto a la normalidad o rectitud sexual que tampoco puede ser objetivizada.<sup>(4)</sup>

Sin embargo, en la jurisprudencia argentina, la mayoría de los tribunales negaron que la técnica legislativa utilizada por el legislador al redactar el tipo penal del art. 125 CP violentara el principio constitucional de legalidad. La Cámara Federal de Casación Penal, en general, se remite a uno de los primeros precedentes en este tema —la causa caratulada “Delsavio, Jorge Armando s/ recurso de casación” —<sup>(5)</sup> en el cual se definió la “corrupción” como la realización de conductas de connotación abusiva a sabiendas de que, mediante sus particulares características de ocurrencia, se impulsa, o de algún modo, se incita a la víctima menor a la práctica prematura de actos sexuales; esta, debido a su falta de maduración física, psíquica y sexual, y de las condiciones para la libre y plena determinación de su sexualidad, carece de deformaciones producto de tales prácticas impúdicas.<sup>(6)</sup>

En tal sentido, se dijo que:

... no se aprecia la vaguedad y falta de precisión del término “corrupción” que el recurrente invoca como sustento de su planteo. En efecto “corromper” significa, en sus distintas acepciones: i) alterar y trastocar la forma de algo; ii) echar a

(4) DE LUCA, JAVIER AUGUSTO y LÓPEZ CASARIEGO, JULIO, *Delitos contra la integridad sexual*, Bs. As., Hammurabi, 2009, p. 149 y ss.

(5) CFED. CAS. PENAL, Sala II, “Delsavio, Jorge Armando s/ Recurso de casación”, 11/09/2006, causa N° 6838.

(6) CFED. CAS. PENAL, Sala III, “Pintado, Eduardo Oscar s/ Recurso de casación”, 03/07/2009, causa N° 10.377; “Gómez, Jorge Daniel s/ Recurso de casación”, 26/11/2009, causa N° 11.215; CFED. CAS. PENAL, Sala IV, “Cerón, Ulises s/ Recurso de casación”, 28/12/2012, causa N° 13.417.

perder, depravar, dañar, pudrir (...) Mal puede, entonces, fundarse una descalificación de la norma en los términos que persigue el recurrente cuando, como se indicara, la acción penal de promover y/o facilitar la corrupción de un menor (art. 125 del CP) puede ser entendida por cualquier lego. La tarea del intérprete, en el *sub lite*, no encuentra anclaje en la interpretación del sentido del concepto "corrupción" asignado por el legislador en su obra, pues aquel no desborda el sentido semántico del término. Por el contrario, la tarea del juez en el caso, se encuentra limitada a corroborar los hechos y determinar si aquellos constituyen delito o no. Ello justamente, deja a salvo el principio de legalidad que opera como garantía del imputado, pues la primera fuente de criminalización la constituye la ley formal previa.<sup>(7)</sup>

En una situación parecida se encuentra otro término del CP. La CSJN tuvo la oportunidad de expedirse en relación al término "obsceno" (con el que se prohibían, en el antiguo art. 128 CP, la publicación de revistas que tuvieran tal entidad) y sostuvo que:

... satisface el principio de legalidad en materia penal, en cuanto exige la precisión de los hechos punibles y de las penas a aplicar, pues si bien la configuración de los tipos penales obliga a precisar los modos de conducta sujetos a punición, la ley previa no importa necesariamente que la figura penal contenga una descripción formalmente agotada, y no existe obstáculo constitucional alguno para que cuando el contenido de los deberes o de las prohibiciones dependa sustancialmente de una valoración a realizarse en vista de circunstancias concretas insusceptibles de enumeración previa, sea la autoridad jurisdiccional quien determine y aplique esa valoración cultural.<sup>(8)</sup>

Este fallo y su argumento también suelen ser citados para avalar la constitucionalidad de la figura en examen aquí.

(7) CFED. CAS. PENAL, Sala IV, "Bava, Fernando Pío s/ Recurso de casación", 21/05/2012, causa N° 11.726, con voto del Dr. Borinsky.

(8) CSJN, "Musotto, Néstor Julio; Huesca, Miguel Pedro Antonio", 29/09/1987, Fallos: 310:1909.

En nuestra opinión, los fundamentos que sostienen la constitucionalidad de la figura giran en círculos porque, en definitiva, el que decide qué es o no corrupto o qué actos son o no idóneos para corromper (aunque nos pongamos de acuerdo en una definición formal del término) es el juez, y este contenido variará según los distintos criterios de los magistrados intervinientes. Por tal motivo, la norma no contiene una definición acabada de la acción punible.

Javier T. Álvarez, luego de efectuar un *racconto* sobre las distintas interpretaciones jurisprudenciales en torno al término “corrupción”, concluyó que “la redacción del tipo penal de corrupción de menores viola el mandato de certeza, toda vez que la técnica legislativa utilizada es extremadamente abierta e indeterminada, lo que provoca las diversas interpretaciones jurisprudenciales respecto de los comportamientos que abarca la prohibición”.<sup>(9)</sup>

En tal sentido, entre los fundamentos del Anteproyecto de Código Penal —que aquí se compara con el texto vigente— se sostuvo que:

... infructuosamente se ha tratado de precisar el concepto de **corrupción**, tanto en ensayos legales como doctrinarios. No solo no se ha logrado, sino que se ha abierto el espacio para cualquier opinión subjetiva y arbitraria. El **normal desarrollo** y expresiones similares, no hacen más que confundir y ampliar zonas grises donde tanto puede tener lugar la impunidad o la lenidad como la arbitrariedad punitivista, dependiendo de los valores subjetivos de cada juez.

Sin perjuicio de todo lo dicho opinamos que conforme con la antigua jurisprudencia de la CSJN que sostiene que la declaración de la inconstitucionalidad de normas legales o reglamentarias constituye una de las más delicadas funciones susceptibles de encomendarse a un tribunal de justicia —esto, en tanto se trata de un acto de suma gravedad institucional ya que las leyes debidamente sancionadas y promulgadas, esto es, dictadas de acuerdo con los mecanismos previstos por la ley fundamental, gozan

(9) ÁLVAREZ, JAVIER T., *El delito de corrupción de menores*, Bs. As., Ad-Hoc, 2014, p. 123. Este autor incluso sostiene que se debe eliminar el término “corrupción” del Código puesto que ello remite a disquisiciones en torno a una determinada moral, lo que no es tolerable en un verdadero Estado de derecho.

de una presunción de legitimidad que opera plenamente y que obliga a ejercer dicha atribución con sobriedad y prudencia únicamente cuando la repugnancia de la norma con la cláusula constitucional sea manifiesta, clara e indudable—<sup>(10)</sup>, entendemos que debe buscarse un significado del término o de la prohibición que resulte compatible con la Constitución Nacional; ello, conforme siempre con la redacción actual de la norma.

Es por ello que entendemos que el art. 125 CP se trata de un caso de delito continuado previsto por el legislador o, también, de uno de pluralidad de hechos (concurso real) que el legislador define en el texto, en atención a las dificultades propias de la materia, para delimitar los sucesos que componen las agresiones sexuales reiteradas en el tiempo. Es decir, no se trata de un delito autónomo, sino de uno compuesto por una reiteración de agresiones sexuales independientes. Tácitamente, una jurisprudencia prudente así lo entiende también<sup>(11)</sup> ya que, en la mayoría de los casos relevados, ante reiterados hechos de abusos sexuales (los que concurren realmente) se los hace concursar en forma ideal con el delito de corrupción de menores, lo que nos habla de que la corrupción es un único suceso compuesto (o la consecuencia, si se quiere) de todos los hechos independientes de abuso sexual.

Desde un punto de vista práctico, el artículo referente a la corrupción resultaría innecesario porque las conductas de los preceptos anteriores cubren perfectamente todas las circunstancias de este tipo y si los actos son reiterados sería suficiente con la teoría de los concursos, mientras que si se comprueban daños psíquicos de mayor entidad o perdurabilidad por la realización de algunas de las acciones de los arts. 119 y 120 CP, ello permitirá individualizar una pena mayor como expresamente lo prevé el art. 41 CP.

En esto reside particularmente el mérito del Anteproyecto de Código Penal, pues allí el delito de corrupción no es tratado como un delito autónomo, sino como una continuidad de delitos que también se especifican taxativamente.

(10) CSJN, "Degó, Félix Antonio", 1958, Fallos: 242:73; "Puerta, Julio Reynaldo y otros c/ S.A. Farloc Argentina", 1973, Fallos: 285:369; "Chicago Bridge & Iron Suc. Argentina", 1973, Fallos: 285:322; "Loter - Chaco c/ Provincia de Buenos Aires", 1978, Fallos: 300: 241 y 1087; "Pupelis, María Cristina y otros s/ Robo con armas - causa n° 6491", 14/05/1991, Fallos: 314:424.

(11) CFED. CAS. PENAL, Sala IV, "Fantoni, Stefano s/ Recurso de casación", 10/05/2005, causa N° 5244; CFED. CAS. PENAL, Sala III, "Pérez, Roberto s/ Recurso de casación", 22/08/2007, causa N° 7875; CFED. CAS. PENAL, Sala III, "Sosa, Manuel Alberto s/ Recurso de casación", 09/03/2007, causa N° 6753, entre muchos otros.

## 3 | El delito de corrupción en el Anteproyecto de Código Penal

El art. 133 del Anteproyecto de Código Penal dice:

1. Cuando se cometiere con continuidad, será penado como corrupción de menores: a) Con el máximo de la pena de prisión elevado hasta doce (12) años, el delito del inciso 3° del artículo 131° [producir o divulgar imágenes u organizar espectáculos de actividades sexuales explícitas de menores contra menores de trece años]; b) Con prisión de tres (3) a diez (10) años, el delito del inciso 4° del artículo 131° [facilitar el acceso a espectáculos pornográficos o suministrar material pornográfico a menores de trece años]; c) Con prisión de tres (3) a diez (10) años, el delito del artículo 132° [exhibiciones obscenas a menores].

2. Será penado con prisión de uno (1) a cinco (5) años, el mayor de edad que tomare contacto con un menor de trece años, mediante conversaciones o relatos de contenido sexual, con el fin de preparar un delito de este Título.

La figura está inserta dentro del Título V denominado “Delitos contra la integridad y la libertad sexual”.

## 4 | Mérito de la nueva redacción del delito de “corrupción”

En nuestra opinión, el éxito del Anteproyecto de Código Penal reside en que se llena de contenido al término “corrupción”. Lo que antes quedaba librado al criterio del juzgador y se podía reputar como corrupción —se englobaba las más diversas conductas: desde reuniones sadomasoquistas con menores sin prácticas sexuales explícitas,<sup>(12)</sup> abusos sexuales de carácter homosexual,<sup>(13)</sup> un acto de abuso sexual con ac-

(12) CFED. CAS. PENAL, Sala IV, “Bava, Fernando Pío s/ Recurso de casación”, fallo cit.

(13) CFED. CAS. PENAL, Sala III “García de la Mata, Ángel s/ Recurso de casación”, 07/08/2007, causa N° 7873.

ceso carnal por vía anal,<sup>(14)</sup> abusos sexuales con acceso carnal reiteradas de padre a hija,<sup>(15)</sup> etc.— en el catálogo de conductas que conforman el delito de corrupción las mismas se encuentran ahora taxativamente enumeradas. La corrupción de menores está constituida por la continuidad de los delitos tipificados en los arts. 131 y 132 del Anteproyecto del Código Penal.

En consecuencia, también se dejan de lado las consideraciones en torno al resultado del delito, es decir, si la persona efectivamente se corrompió o no con el acto. Es que si bien siempre se sostuvo que el delito de corrupción no exige que se alcance como resultado la efectiva corrupción,<sup>(16)</sup> lo cierto es que durante el proceso penal la prueba del daño, o de su potencialidad, devenía necesaria y, con ello, se producía en muchos casos la revictimización de la persona.

## 5 | Del concurso real al delito continuado y a una solución intermedia

Tal como quedó redactado, el tipo penal de corrupción se trata de un caso de los denominados “delitos continuados” —así se expresa literalmente en los fundamentos del Anteproyecto de Código Penal— que recibió formal acogida legal en el art. 13, el cual establece que “cuando los hechos constituyan delito continuado la pena aplicable será solamente la más grave de las previstas para esos hechos”.

Según la doctrina, “habrá conducta continuada cuando con dolo que abarque la realización de todos los actos parciales, existente con anterioridad al agotamiento del primero de ello, el autor reitere similarmente la ejecución de su conducta en forma típicamente idéntica o similar, aumentando así la afectación del mismo bien jurídico, que deberá pertenecer al mismo

(14) CFED. CAS. PENAL, Sala III, “Gandarillas Jaldin, Raúl s/ Recurso de casación”, 30/06/1999, causa N° 1735.

(15) CFED. CAS. PENAL, Sala III, “Gómez, Jorge Daniel s/ Recurso de casación”, fallo cit.

(16) FONTÁN BALESTRA, CARLOS, *Derecho Penal. Parte Especial*, actualizado por Guillermo A. C. Ledesma, Bs. As., LexisNexis, 2002, p. 239.



titular".<sup>(17)</sup> Luego, como requisitos para que se configure un supuesto de delito continuado se exige:

- a. dolo unitario;
- b. que el bien jurídico sea susceptible de afectación parcial;
- c. una forma de comisión o una forma de realización de similares o idénticas características; y
- d. la identidad física del titular del bien jurídico afectado.

Sin embargo, resulta cuestionable la aplicación del delito continuado a muchos hechos que atentan contra la integridad sexual. La problemática proviene de considerar que la integridad sexual, cuando hablamos de seres humanos, puede ser suprimida en todo o en parte cuando es lesionada, de ahí que sucesivos ataques a la sexualidad de la misma persona ya no sean hechos autónomos. Pero ello desconoce seriamente el concepto de dignidad personal porque los seres humanos no perdemos nuestra dignidad sexual con un ataque de esa índole.

El bien jurídico "integridad sexual" no puede ser equiparado al patrimonio que aumenta o disminuye, sino que se identifica con la libertad sexual de elegir la realización de las conductas en ese terreno. Si una persona se encuentra secuestrada y varias veces al día es violada por sus captores, cada lesión a la integridad sexual es un hecho y delito autónomo; interpretar lo contrario es desconocer totalmente la autonomía del bien jurídico del que estamos tratando y su inteligencia, conforme a los postulados de los derechos humanos.

En tal sentido, Julio César Castro, en el análisis de un fallo en el que un Tribunal había considerado delito continuado a distintos actos de abuso con distintas víctimas, explicó que:

... se sostiene que la circunstancia del bien jurídico personalísimo repele la idea de acción continuada, por cuanto se correlaciona la naturaleza estrictamente individual del bien jurídico libertad sexual (en nuestro país integridad sexual) y la descripción típica de los abusos sexuales, para dar una respuesta negativa, donde se impone que por cada acto de abuso existe una infracción penal independiente que debe aunarse materialmente. También debemos citar que la dificultad probatoria de algunos hechos en el

(17) ZAFFARONI, E. RAÚL; ALAGIA, ALEJANDRO y SLOKAR, ALEJANDRO, *Derecho Penal. Parte Especial*, Bs. As., Ediar, 2000, p. 829.

tiempo, justamente por las particularidades de las víctimas menores, hace que el delito continuado sea una herramienta tranquilizadora contra toda posible absolución "injusta", sin pensar en los derechos de los imputados y su garantía de defensa.<sup>(18)</sup>

El análisis casuístico de los fallos de esta Cámara Federal de Casación Penal permite concluir que en casos de múltiples agresiones sexuales siempre se optó por el concurso real y se descartó la figura del delito continuado.<sup>(19)</sup> Por el contrario, se entendió que no se trataba de un concurso real la conducta del imputado que, en un mismo contexto témporo-espacial, exigió a la víctima que le practique sexo oral y luego la accedió carnalmente,<sup>(20)</sup> lo cual también estimamos incorrecto porque equivale a sostener que una vez que se ha vencido la voluntad de la víctima en materia sexual, se le puede hacer cualquier cosa, un "vale todo".

Sin perjuicio de lo expuesto, lo cierto es que las figuras escogidas en el Anteproyecto del Código Penal no son las que más lesionan la integridad sexual de la víctima. Es que la corrupción, en el Anteproyecto, no está conformada por actos de abusos sexuales de los que estuvimos hablando en los párrafos anteriores, sino por la exhibición o el montado de espectáculos pornográficos contra menores. Las figuras más graves de ataques sexuales se regirán por las clásicas reglas de los concursos (actuales arts. 54 y 55 CP). Incluso, en el Anteproyecto de Código Penal varias conductas consideradas corruptas por la actual jurisprudencia, con la ley actual se ubicaron como supuestos agravados de los respectivos delitos.<sup>(21)</sup>

(18) CASTRO, JULIO C., "Abusos sexuales continuados. Un verdadero tema de concurso de delitos", comentario al fallo: CCRIMEN 3A NOM. CÓRDOBA, "López", 05/11/2003. Debe señalarse que si bien el autor, en este comentario, atacó la sentencia comentada, lo cierto es que dejó en claro que no se oponía a la eventual calificación de distintos abusos como un supuesto de delito continuado, si no que ello debía ser evaluado prudentemente en atención a los bienes jurídicos en juego, y más aún cuando se tratare de menores.

(19) CFED. CAS. PENAL, Sala I, "Tambasco Crapanzano, Juan Carlos s/ Recurso de casación", 18/09/2009, causa N° 10376; CFED. CAS. PENAL, Sala III, "Ruiz, Juan Carlos s/ Recurso de casación", 05/05/2010, causa N° 11837; CFED. CAS. PENAL, Sala IV, "Mejía Durán, Valerio s/ Recurso de casación", 16/06/2009, causa N° 6820; CFED. CAS. PENAL, Sala III, "San Martín, Jaime Alejandro s/ Recurso de casación", 31/05/2006, causa N° 6644.

(20) CFED. CAS. PENAL, Sala II, "Minassian, Matías Gonzalo s/ Recurso de casación", 30/10/2009, causa N° 7685.

(21) Así, por ejemplo, se estableció un máximo de 18 años de prisión para la violación impropia, o sea, el coito con persona menor de trece años, aunque mediare consentimiento

Lo que se trata con el delito de corrupción en el Anteproyecto de Código Penal es que la continuidad de delitos menores contra la integridad sexual no acumule penas desproporcionadas e irrazonables y superen, por ejemplo, al del abuso sexual con acceso carnal o, incluso, al del homicidio. El tipo penal de corrupción, en cuanto legisla específicamente supuestos de delitos continuados, debe ser entendido como una forma de resguardar el principio de proporcionalidad y razonabilidad mediante la vinculación de las leyes entre sí en forma sistemática y articulada, en resguardo del mandato constitucional de codificación.<sup>(22)</sup>

A lo expuesto debe agregarse que la respuesta punitiva para el delito de corrupción en el Anteproyecto de Código Penal no es la equivalente a la de un único delito (como usualmente se pena al delito continuado), sino que la pena es más grave.

En efecto, si se reiteran hechos de divulgación de pornografía infantil la pena máxima se eleva a doce años (en vez de diez por un único suceso) y si se reitera el acceso a espectáculos pornográficos o el suministro de material pornográfico, la pena se eleva de uno a seis años a tres a diez años; finalmente, la reiteración de exhibiciones obscenas a menores pasa de una pena de uno a seis años a una pena de tres a diez años.

El fundamento de este tratamiento diferenciado de los delitos continuados se expone expresamente en los fundamentos del Anteproyecto de Código Penal. Allí se explica que:

... por aberrante que sea cualquiera de estos hechos aislados, su efecto sobre la víctima no es el mismo cuando se trata de una continuidad de la conducta que se prolonga en el tiempo, con frecuencia durante meses y años, como se verifica en la práctica judicial en forma permanente. Es obvio que en estos supuestos el daño a la víctima es mucho mayor y sobran al respecto los ejemplos.

(art. 126, inc. 2, apart. a); y un máximo de diez años para el abuso sexual de un menor de trece años, aunque mediare consentimiento (art. 127, inc. 2). También se previó una pena de prisión de hasta doce años, en cualquier caso, cuando la víctima del delito de promoción de la prostitución de menores fuere menor de trece años (art. 129, inc. 3).

(22) ESPINO, AMANDA; SEGHEZZO, BÁRBARA; ROSSI, PABLO, et al., "La codificación penal argentina. Una exigencia constitucional", en *Reformas Penales y proporcionalidad de las penas*, Bs. As., Ediar, 2013.

En estas condiciones, el aumento de pena para la continuidad de delitos que atentan levemente contra la integridad sexual, sin llegar a los extremos de la suma aritmética del concurso real, aparece como una solución intermedia, justa y racional.

## 6 | Entidad de los actos que conforman el delito de corrupción

Puede pensarse que los delitos que conforman el delito de corrupción no tienen la entidad suficiente para “corromper”. Ello nos retrotrae a la vieja discusión acerca del alcance del término “corrupción”, que es precisamente lo que el Anteproyecto de Código pretende evitar; se trata de una discusión estéril porque la práctica indica la imposibilidad de llegar a un acuerdo acerca del concreto alcance del término.

Se sostiene, por ejemplo, que no existen serias evidencias científicas que demuestren que exponer material pornográfico a un menor sea por sí mismo perjudicial. Así, los miembros de la *US Commission on Obscenity and Pornography* de 1970 no solo no pudieron detectar daños en niños causados por ver imágenes de sexo explícito, sino que llegaron al extremo de sugerir que dicho acto podría facilitar la comunicación entre padres e hijos sobre temas sexuales. Por su parte, la *US Commission on Pornography* de 1985, convocada por la Secretaría de Justicia del Gobierno de Ronald Reagan para desmentir las conclusiones arribadas en 1970 antes expuestas, no solo no pudo establecer vínculos objetivos entre materiales sexualmente explícitos y conducta antisocial sino que, incluso, encontraron evidencias de lo contrario, tales como que la mayoría de los pacientes con parafilias padecieron una rígida educación antisexual en la que el sexo no se mencionaba o era reprimido o repudiado.<sup>(23)</sup>

Estas objeciones no tienen en cuenta que si ante un hecho concreto se acredita que los actos contra el menor no afectaron su libertad sexual, siempre queda expedita la vía de la atipicidad de la conducta por falta de

(23) ÁLVAREZ, JAVIER T., *op. cit.*, pp. 136/137, citado en *Report of the Commission on Obscenity and Pornography*, Lockhart Commission, Washington, 1970, pp. 23/27; NUTTER, D. E. y LAWS, D. E., “The influence of pornography on Sexual Crimes”, en W. L. Marshall, D. R. Laws y H. E. Barbaree (eds.), *Handbook of sexual assault*, Nueva York, Plenum, 1990.

afectación al bien jurídico protegido. Pero ahora la discusión versará sobre la atipicidad por falta de afectación al bien jurídico "libertad e integridad sexual" y no en torno a las disquisiciones del término "corrupción", es decir, ya no se tratará de probar si el menor está "corrupto", sino de probar que una determinada conducta no lesionó su libertad sexual. Ello es así porque, conforme a la nueva redacción del delito, la corrupción no es más que un delito continuado de diversos actos que atentan contra la libertad sexual del menor.

Por lo demás, es la ley la que define qué es la corrupción de menores, por lo que las objeciones en torno a la entidad de los actos escogidos por el legislador (si es que no tienen por finalidad la atipicidad de una determinada conducta) se reduce solo a un juego de palabras.

## 7 | Conclusiones

Creemos que la redacción del tipo penal de corrupción de menores en el Anteproyecto de Código Penal es una versión superadora de la actual norma penal ya que define estrictamente la conducta punible, eliminándose con ello todas las objeciones sobre la violación al principio de legalidad (art. 18 CN).

En la corrupción de menores del Anteproyecto se legisla un supuesto de delito continuado. Si bien es opinable esa forma de concurso de delitos cuando se trata de bienes personalísimos, lo cierto es que conforme quedó redactada la norma, tales objeciones deben dejarse de lado ya que: a) los delitos tipificados como corruptores son los de menor lesión al bien jurídico protegido; b) por esta vía se intenta mantener la proporcionalidad y racionalidad de las penas; y c) si bien se trata como un delito continuado, lo cierto es que en la práctica no lo es porque la pena no es la de un solo delito, sino que se eleva considerablemente dependiendo del tipo de delito.

La discusión en torno a la entidad de los actos que conforman el delito de corrupción no tiene relevancia ya que se trata de un supuesto legalmente establecido. En todo caso, siempre quedará a salvo la vía de la atipicidad de la conducta por falta de afectación al bien jurídico protegido "libertad e integridad sexual" (y no respecto al término "corrupción").

---



# El Anteproyecto de Código Penal argentino

## Comparación con la experiencia italiana en materia de reforma del derecho penal<sup>(1)</sup>

por **ANTONIO CAVALIERE**<sup>(2)</sup>

### I | Indicaciones sobre cuestiones de método

La experiencia argentina de elaboración de un Anteproyecto de reforma del Código Penal resulta admirable en varios aspectos, y rica en enseñanzas y motivos de reflexión. A continuación compararé dicha experiencia con la italiana.

Los primeros datos positivos que emergen de la lectura del Anteproyecto son la presencia de una Comisión integrada por solo siete personas

.....

(1) Este trabajo se expuso en la I Jornada Argentino Italiana: "Reforma penal y procesal penal", celebrada en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales (UNLP) el 26/11/2014. También se presentó en el "Seminario sobre la experiencia de la reforma penal en Argentina e Italia", organizado por la Carrera de Especialización en Derecho Penal —Departamento de Derecho Penal y Criminología— (UNR), el 28/11/2014.

(2) Profesor extraordinario de Derecho Penal de la Facultad de Derecho (Universidad de Nápoles "Federico II", Italia). Doctor en Investigación en Sistema Penal y Proceso (Universidad de Nápoles "Federico II"). Becario para la Investigación en Asuntos de Derecho Penal y Procesal Penal por instituciones alemanas y universidades italianas, del resto de Europa y Centroamérica. Becario de posdoctorado por la Universidad de Salerno (Italia).

que, sin embargo, estuvo abierta a las aportaciones de la Universidad, expertos, asociaciones y organizaciones gubernativas y no gubernativas —revisando con atención sus respuestas y propuestas—; la riqueza de la información empleada, desde las nociones de derecho comparado hasta la reconstrucción de las leyes penales especiales y al análisis de la jurisprudencia; el ritmo de los trabajos que permitió elaborar un proyecto que abarca Parte General y Especial, con una rica exposición de motivos, en apenas dieciocho meses.

Una sumaria comparación con la experiencia italiana demuestra la validez de la vía argentina hacia la codificación: en Italia, de cinco Proyectos de reforma elaborados en los últimos veinticinco años —Proyectos Pagliaro, 1992; Riz, 1995; Grosso, 2001-2002; Nordio, 2005; Pisapia, 2007—<sup>(3)</sup> solo el primero, redactado por cinco profesores, incluye también la Parte Especial. Los demás —excepto el segundo, obra de un solo estudioso— fueron elaborados por pletóricas comisiones y subcomisiones integradas por profesores, magistrados y abogados, dando lugar a construcciones normativas de compromiso y, con frecuencia, farragosas; por otro lado, faltó la confrontación con la sociedad civil y las mismas instituciones públicas —a partir del propio Parlamento— sobre exigencias y principios de la reforma.

## 2 | Dificultades y razones de la reforma del CP

En la parte inicial de la exposición de motivos del Anteproyecto, el Presidente de la Comisión, Raúl Zaffaroni, describe de manera magistral la evolución histórica de la codificación penal argentina, las tendencias involutivas de la política criminal entre los siglos XX y XXI y las razones de una recodificación. En particular, se pone de relieve la grave erosión y la actual "irreconocibilidad", después de aproximadamente novecientas reformas

(3) Ver, para el Proyecto Pagliaro, "Schema di delega legislativa per l'emanazione di un nuovo codice penale", en *Doc. Giustizia*, n° 3/1992, p. 305 y ss.; para el Proyecto Riz, "Disegno di legge n. 2038/1995", en *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1995, p. 927 y ss.; para el Proyecto Grosso, "I lavori della Commissione ministeriale per la riforma del codice penale istituita con d.m. 1° ottobre 1998", en *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2001, p. 574 y ss.; para el Proyecto Nordio, "Il Progetto di codice penale della Commissione Nordio", en *Cassazione penale*, 2005, p. 245 y ss.; y para el Proyecto Pisapia, "Schema di disegno di legge recante delega legislativa al Governo della Repubblica per l'emanazione della parte generale di un nuovo codice penale", en *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2007, p. 1570 y ss.



parciales del Código argentino de 1921, la inflación de leyes penales especiales, la expansión de deberes internacionales de criminalización; así como, en el aspecto político y cultural, se denuncia la influencia dañina de campañas de “ley y orden” y de formas de populismo penal que producen demandas de estériles aumentos de pena y nuevos tipos penales y, por último, una grave crisis de las garantías individuales.

En Italia, se produce una situación parecida en algunos aspectos: el Código Rocco se presenta a estas alturas como un viejo arnés autoritario, más o menos obsoleto, objeto de amputaciones e incorporaciones varias, que ha perdido su carácter central como consecuencia de la proliferación de leyes penales especiales. Se trata, por ejemplo, de leyes en materia de derecho penal económico de los años 30 y 40 del siglo XX —piénsese en materia de delitos de bancarrota y en materia de cheques y en delitos societarios, insertados en el Código Civil—, de las leyes aprobadas a partir de los años 50 —sobre todo en materia de derecho penal laboral, urbanístico y alimentario— y, después, de una serie de medidas antiterrorismo y antimafia y sobre tráfico de drogas e inmigración ilegal. Estos son algunos de los principales capítulos de una legislación de emergencia que fue ulteriormente recargada por el surgimiento de otras nuevas emergencias, que van desde la protección del medio ambiente hasta el sentimiento hacia los animales, las normas en materia de delitos sexuales y los varios “paquetes de seguridad”. Además, también en Italia el legislador está cada vez más vinculado, en sentido represivo, a decisiones políticas supranacionales.

El clima político-criminal está caracterizado por periódicas campañas represivas y, en general, por una tendencia dominante hacia la disminución de las garantías individuales en favor de exigencias de “seguridad”, mientras que la situación socio-económica se va degradando con el aumento de la pobreza, de las desigualdades y del desempleo que producen conflictos sociales y criminalidad; el contexto cultural se caracteriza por el dominio de la ideología liberal y de modelos consumistas y de egoísmo social, también criminógenos.

La situación general requeriría reformas antes que nada extrapenales, sociales y económicas, de carácter redistributivo y dirigidas a reconstruir el estado social destruido en las últimas décadas; en el aspecto cultural, se necesitarían políticas democráticas en materia de instrucción pública y de medios de comunicación de masas. La sensación, sin embargo, es que en

esta época faltan organizaciones políticas capaces de proponer visiones de conjunto de la sociedad —especialmente alternativas al *status quo* y orientadas a la libertad, igualdad y solidaridad— y de construir programas políticos alternativos. Predomina, por el contrario, la ideología del “fin de la historia” y de la “muerte de las ideologías” que sirve para la conservación de lo existente, con sus privilegios para pocos y su “*laissez faire*”.

En este clima es difícil, en Italia, pensar en una reforma del Código Penal; por el contrario, proliferan los particularismos, los subsistemas diferenciados y una legislación “líquida”, inspirada en lógicas contingentes, cuando no *ad personam*, y gravemente carente a nivel de “solidez” en la técnica de redacción. A esto hay que añadir la tendencia del poder político —que parece vinculada al antedicho marco político-criminal conservador— a descargar responsabilidad político-criminal, de manera “flexible”, sobre el poder judicial. A los inconvenientes de la legislación penal se oponen remedios interpretativos o, a lo mejor, sentencias de ilegitimidad constitucional, en lugar de propuestas de reforma legislativa; a políticas de despenalización se prefieren instrumentos de “**diversión**” y de deflación carcelaria dejados en manos de la discrecionalidad judicial.

La doctrina no consigue, actualmente, dialogar con el legislador. Sin embargo, ella tiene el deber de persistir en su empeño civil y cultural hacia la recodificación del derecho penal. Por eso me parecen enteramente compartibles las palabras de Zaffaroni: una recodificación, en Argentina como en Italia, es necesaria para orientar a los ciudadanos, al asegurar la posibilidad de conocer la certeza del derecho, también a través de la reducción de los espacios de discrecionalidad judicial. No solo eso: la codificación —también la penal— sirve, de hecho, desde sus raíces iluministas, como instrumento para realizar un programa político-criminal global, racional y eficaz para la protección de los derechos fundamentales de la persona, que exprese una construcción ordenada de relaciones entre los tipos penales dirigidos a la protección de los diversos bienes y un sistema coherente de sanciones para que se eviten superposiciones y confusiones normativas, aporías en la relación entre conminaciones abstractas, etc.; todo lo contrario de la actual legislación italiana que es hipertrófica, estratificada, contradictoria y, con frecuencia, puramente simbólica. Está en juego, pues, la misma racionalidad y eficiencia del sistema penal. Es más, la codificación se presenta como instrumento de reducción de la intervención penal en

los límites de la *ultima ratio*, que habría que realizar a través de instrumentos como una reserva de código y la previsión de mayorías cualificadas en materia de legislación penal; también como instrumento de igualdad contra a los privilegios de las clases dominantes y contra las aberraciones de “subsistemas” que miran a la inocuización del “enemigo” de turno.

### 3 | La reforma de la Parte General: los principios relativos a las fuentes del derecho penal y la estructura del delito

El articulado del Libro I del Anteproyecto, dedicado a la Parte General, empieza con un título relativo a los principios y la aplicación de la ley penal. En particular, el art. 1° —“Principios”— establece: el deber de interpretación conforme a la Constitución y a los principios sancionados en los tratados internacionales; el estricto principio de legalidad de crímenes, penas y de cualquier otra consecuencia penal; el principio de ofensividad, exigiendo por lo menos un peligro “efectivo” para el “bien jurídico”; el principio por el cual se responde penalmente a título de “voluntad directa”, salvo las hipótesis expresamente previstas de imprudencia; el principio de culpabilidad, por el cual no hay pena sin o más allá del límite de la culpabilidad, con la prohibición de realizar un reproche por la personalidad, o bien, “juicios de peligrosidad” u “otras circunstancias incompatibles con la dignidad y la autonomía de la persona”; la prohibición de penas inhumanas que afecten gravemente a terceros o que resulten desproporcionadas al hecho y a la culpabilidad. Esta norma fundamental contiene una pequeña *summa* de derecho penal y suscita varias consideraciones desde el punto de vista de una confrontación con los problemas de la reforma del Código Penal italiano.

#### 3.1 |

De manera preliminar, cabe observar que también los proyectos italianos de reforma incluyen proclamaciones de principios en la parte inicial; por otro lado, oportunamente el Anteproyecto evita el vicio metodológico de algunos de ellos que consiste en establecer en normas de ley ordinaria principios que deberían vincular al mismo legislador, pues esta vinculación

acaba por asumir un mero valor simbólico.<sup>(4)</sup> Los principios del Anteproyecto se muestran, por el contrario, correctamente dirigidos al intérprete.

### 3.2 |

La afirmación del principio de legalidad, especialmente en cuanto a la referencia a acciones y omisiones “expresa y estrechamente previstas”, y la sanción del deber de interpretación conforme a la Constitución y a los tratados internacionales “del mismo rango” aparecen como significativas en relación a la experiencia italiana, en la cual se encuentran en algunos proyectos afirmaciones en parte parecidas, pero el clima cultural lamentablemente no parece coherente con ellas. En efecto, se están afirmando también en derecho penal teorías hermenéuticas que exaltan el papel inevitablemente “creativo”, de “fuente” de la jurisprudencia, motivando el asunto con la estructura abierta del lenguaje y el carácter “analógico” de cualquier interpretación. Se considera, por eso, problemática la pretensión de vincular realmente el intérprete a la ley y, sobre todo, la de fijar el límite del “estrechamente previsto”, es decir: de la interpretación restrictiva. Contrariamente, siguiendo una orientación más conforme al fundamento democrático del principio de legalidad, vinculado a la separación de los Poderes y a la sumisión del juez a la ley, cabe reafirmar, además de la exigencia de leyes penales determinadas, la necesidad de la vinculación del juez al límite de la *littera legis* y, dentro de este marco, una teoría prescriptiva de la interpretación por la cual el juez está vinculado a una hermenéutica conforme a los principios constitucionales de *ultima ratio*, lesividad, personalidad de la responsabilidad penal.

Desde la prospectiva italiana, un relieve particular tiene el tema del alcance del principio de legalidad en relación a cualquier consecuencia penal y, en particular, a las medidas de seguridad y la ejecución de cualquier sanción penal. Sobre este punto hay un contraste entre doctrina y jurisprudencia,<sup>(5)</sup> en tanto la segunda excluye la relevancia del principio de estrecha legalidad para la ejecución, llegando así a avalar la legitimidad constitucional de normas como el art. 41 bis ord. penit., que prevé la suspensión de las

(4) Ver, por ejemplo, los arts. 1° y 2° del Proyecto Pisapia (ver nota 3), pp. 1570/1571.

(5) Ver al respecto, por ejemplo, FIANDACA, GIOVANNI y MUSCO, ENZO, *Diritto penale. Parte generale*, 6ª ed., Bologna, 2010, pp. 75/76.

normas penitenciarias por disposición ministerial sobre la base de vagas razones de orden y seguridad públicos. Por el contrario, la mayoría de la doctrina considera con razón que la ejecución de la pena es un momento central del ejercicio del poder punitivo y no se puede dejar en manos del albedrío del Poder Judicial o Ejecutivo.

### 3.3 |

La formulación clara e incisiva del principio de ofensividad en el Anteproyecto es perfectamente compartible. La misma corresponde a la concepción de Franco Bricola, el cual, al delinear en su *Teoría generale del reato* el “rostro constitucional” del ilícito penal, atribuía a la ofensividad el rango de principio fundamental sobre ordenado al legislador antes que al intérprete.<sup>(6)</sup> Como la pena y, cabe añadir, la medida de seguridad dan lugar a la lesión de bienes fundamentales de la persona, como —directa o indirectamente— la libertad y la dignidad, las mismas se legitiman solo en cuanto —conforme al principio de igualdad y, en particular, al principio de proporcionalidad— se infringen por causa de un hecho que afecte o ponga efectivamente en peligro bienes jurídicos de relevancia constitucional comparable. La Corte constitucional italiana reconoció el rango constitucional del principio<sup>(7)</sup> y distinguió dos aspectos: la ofensividad en abstracto, como vinculación para el legislador a no prever la punibilidad de conductas inofensivas, y la ofensividad en concreto, como vinculación para el juez a excluir la punibilidad de conductas solo aparentemente típicas, aplicando el art. 49, apart. 2 CP italiano, en materia de delito imposible.

Sin embargo, mientras que el principio de ofensividad en concreto es por lo demás —pero no siempre— acogido en las aulas judiciales, la necesaria lesividad como vinculación para el legislador no llega a encontrar reconocimiento ni en la doctrina, ni en la legislación ni en la propia jurisprudencia

(6) BRICOLA, FRANCO, “*Teoria generale del reato*”, en *Novissimo Digesto Italiano*, XIX, Torino, 1973, pp. 15 y 82/83.

(7) Entre las primeras sentencias que reconocieron el principio cabe señalar: CORTE COSTITUZIONALE, ITALIA, sentencia N° 62, 19/03/1986; CORTE COSTITUZIONALE, ITALIA, sentencia N° 333, 10/07/1991; CORTE COSTITUZIONALE, ITALIA, sentencia N° 360, 13/07/1995; todas disponibles en: [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it). Sobre la jurisprudencia constitucional en el tema de ofensividad, ver para todos FIORE, CARLO, “*Il contributo della giurisprudenza costituzionale all'evoluzione del principio di offensività*”, en Giuliano Vassalli (ed.), *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, Nápoles, 2006, p. 91 y ss.

constitucional, excepto en hipótesis macroscópicas: piénsese en la declaración de ilegitimidad constitucional del delito de exposición de banderas extranjeras, de la falta de embriaguez y de la circunstancia agravante constituida por la mera calidad de inmigrante irregular,<sup>(8)</sup> claramente inspirada en un vergonzoso derecho penal de autor. La tentativa de la así llamada “Comisión bicameral para la reforma constitucional” de introducir en la Carta el principio de ofensividad no tuvo éxito y, sobre todo, encontró resistencias en la misma doctrina penal. Estas resistencias afectan a los dos elementos que constituyen la necesaria ofensa: la necesaria presencia de un bien jurídico protegible y la necesaria ofensa de aquel bien.

Respecto al primer aspecto, en la doctrina italiana parece —por lo menos en la *Lippenbekenntnis*— ausente la tesis de que el derecho penal tendría otra función distinta de la de proteger bienes jurídicos, pero el concepto de bien jurídico se considera vago y manipulable. En mi opinión se trata de una profecía que se autocumple pues también otros conceptos dogmáticos, por ejemplo los de peligro, causalidad, dolo, son manipulables, depende de como se construyen. Solo una difícil elaboración teórico-general —o sea, dogmática— permite individualizar los requisitos esenciales de este concepto, cuya función fundamental es impedir que una persona de carne y hueso pueda ser castigada por hechos que no ofendieron a otras personas de carne y hueso: este es el núcleo del principio de ofensividad y del concepto de bien jurídico. Creo que aquí se juega toda la alternativa entre un derecho penal liberal —pero también atento a la dimensión sustancial de los derechos del hombre—, y uno autoritario o solo formalmente liberal: es decir, limitado al principio de legalidad, pero dispuesto a castigar la mera desobediencia si la ley la considera punible.

El Código Rocco encarna precisamente tal visión que es liberal en la forma y autoritaria en la sustancia: al respeto formal del principio de legalidad se acompaña la previsión, en la Parte Especial, de bienes vagos y pseudo-bienes jurídicos supraindividuales —personalidad del Estado, orden público, sentimiento religioso, economía pública, integridad de la progenie—; a través de ellos se legitima la punibilidad de conductas que contrastan con aquellas entidades vagas y constituyen desobediencias a

(8) Ver, respectivamente, CORTE COSTITUZIONALE, ITALIA, sentencia N° 189, 21/05/1987; sentencia N° 354, 10/07/2002; sentencia N° 249, 05/07/2010, [en línea] [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it)

los preceptos dirigidos a su protección, pero son inidóneas para ofender bienes tangibles de una o más personas.

Por otra parte, es conocido cómo la creación artificial de bienes jurídicos, especialmente supraindividuales, constituye un viejo arnés del derecho penal de la desobediencia, por lo menos desde Binding, y consagrado por Schaffstein durante el Tercer Reich; fue contrastado en los años 60 y 70 del siglo XX por los autores de una concepción liberal y personal del bien jurídico, pero nunca abandonado por el legislador. Es más, fue dilatado y re-empleado a través de entidades como el orden económico, el funcionamiento del mercado y, sobre todo, la "seguridad", entendida de manera amplísima como contenedora de todas las expectativas colectivas —racionales o emotivas— de protección, de la protección de la vida y de la integridad física, como también la de la propiedad frente a la criminalidad de calle y aquella con mero sentido estético: punibilidad de los *writers*, de los *clochards*, de los trapitos.

Parte de la doctrina italiana acaba por legitimar esta tendencia cuando afirma que, junto a los delitos dirigidos a la protección de bienes jurídicos, existen crímenes "sin ofensa"<sup>(9)</sup> o "de finalidad" ("*reati di scopo*"): (10) lo que en el plano descriptivo es verdad, pero en el plano prescriptivo contrasta con el principio de ofensividad tomado en serio, es decir como principio constitucional con la consecuencia de la ilegitimidad de muchas normas penales vigentes. Otra parte de la doctrina vacía el concepto de "bien jurídico", es decir, disfruta su denunciada vaguedad para incluir en él las llamadas "funciones", que en realidad son paráfrasis de sistemas de reglas. Un ejemplo clamoroso es el crimen de inmigración irregular. ¿Quién resulta afectado en sus bienes por el simple hecho de que un pobre ingrese abusivamente en el territorio italiano? Nadie. Pero por la Corte constitucional italiana se protege el bien del "interés del Estado al control y a la gestión de los flujos migratorios", es decir, el funcionamiento de la disciplina de la inmigración.<sup>(11)</sup> En realidad, un solo inmigrante irregular no está en condiciones de "afectar" este funcionamiento. Sobre ese punto volveré en breve.

(9) MANTOVANI, FERRANDO, *Diritto penale. Parte generale*, 5ª ed., Padua, 2007, p. 207 y ss.

(10) PALAZZO, FRANCESCO, *Corso di diritto penale. Parte generale*, 3ª ed., Torino, 2008, p. 75.

(11) CORTE COSTITUCIONAL, ITALIA, sentencia N° 250, 05/07/2010, punto 6.3. del "*considerato in diritto*"; por una crítica de la sentencia ver, entre otros, CAVALIERE, ANTONIO, *Diritto penale e politica dell'immigrazione*, en *Critica del diritto*, 1/2013, p. 31 y ss.

Entonces, se deberían recuperar los requisitos que desde hace mucho tiempo propone, aunque no en forma unitaria, la concepción liberal y personal de bien jurídico: bienes protegibles pueden ser solo entidades: 1) que preexisten a la norma penal,<sup>(12)</sup> 2) empíricamente tangibles y afectables,<sup>(13)</sup> 3) que se refieran a una, o más, o a todas las personas,<sup>(14)</sup> 4) definidos conforme al principio de determinación,<sup>(15)</sup> 5) de rango constitucional proporcional a los bienes afectados por la propia sanción penal.<sup>(16)</sup>

El otro aspecto constitutivo del principio de ofensividad es la lesión o, por lo menos, la puesta en peligro “efectiva” del bien jurídico. Aquella “palabrita” contenida en el Anteproyecto, cuya presencia dio lugar a una opinión contraria de un miembro de la Comisión, en mi opinión es necesaria. El Código Rocco —cuando no esconde la anticipación de la protección tras la falsa ofensa a un pseudo-bien jurídico— demuestra su carácter autoritario también en el empleo de técnicas de anticipación de la protección penal que serían todavía compatibles con la idea de “peligro”, pero no “efectivo”, es decir, concreto y actual: delitos de peligro abstracto y presunto, delitos de atentado, delitos meramente asociativos, punibilidad de otros actos preparatorios, delitos de “sospecha”, delitos de opinión. En la *Teoría generale del reato* de Bricola, aquellas técnicas se denunciaban por su contraste con la exigencia de castigar solo conductas realmente ofensivas de bienes jurídicos. A finales de los años 70 empezó el “reflujo”: por un lado, la lucha contra la criminalidad terrorista, y después mafiosa, llevó a parte de la doctrina a atenuar la crítica de aquellas anticipaciones de la protección penal; por otro, otras anticipaciones de protección parecían impuestas por la exigencia de defender intereses colectivos emergentes contra conductas empresariales relativas a la producción de bienes y servicios

.....

(12) Conforme a la enseñanza de VON LISZT, FRANZ, *Der Begriff des Rechtsgutes im Strafrecht und in der Encyclopädie des Strafrechts*, en ZStW, 1888, p. 138 y ss.; *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 21-22ª ed. (1919), Goldbach, 1997, pp. 132/133.

(13) Ver, sobre todo, JÄGER, HERBERT, *Strafgesetzbuch und Rechtsgüterschutz bei Sittlichkeitsdelikten*, Stuttgart, 1957, p. 13 y *passim*.

(14) HASSEMER, WINFRIED, *Grundlinien einer personalen Rechtsgutslehre*, en L. Philipps y H. Scholler (eds.), *Jenseits des Funktionalismus. Arthur Kaufmann zum 65 Geburtstag*, Heidelberg, 1989, p. 90 y ss.

(15) Ver en particular ANGIONI, FRANCESCO, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Milán, Giuffrè, 1983, p. 193.

(16) BRICOLA, F., *op. cit.*, p. 15.



y, con posterioridad, al mercado financiero: protección del medio ambiente, de la salud de los consumidores y de los trabajadores, del patrimonio de los ahorradores. Por eso, se rehabilitaron las “funciones”<sup>(17)</sup> y se consideró necesaria, especialmente frente a conductas “en serie” y “acumulativas”, la anticipación de la protección frente al peligro presunto.

El tema es muy amplio, por lo que me limito a observaciones esquemáticas. Tras las funciones de aquellos bienes vagos, los intereses emergentes esconden bienes jurídicos concretos, ofendibles y precisos. En referencia a los mismos se tiene que construir una protección penal contra conductas dañinas o concreta y actualmente peligrosas, cuidadosamente tipificadas: conductas como las de grave polución, de envenenamiento de sustancias alimentarias (piénsese en el caso del aceite de colza), de muerte por exposición a sustancias tóxicas (por ej. amianto), de falsedad en los balances y manipulación del mercado con daño para miles de ahorradores. Pero lo es también la imposición, con amenazas, de recetas liberales por parte de organizaciones económicas internacionales, si es que arruinan a una colectividad entera; sin embargo, esta conducta no ofende el actual “orden económico” globalizado; por el contrario, no es elemento constitutivo esencial, lo que demuestra que aquella orden o el “funcionamiento de los mercados” no son verdaderos bienes jurídicos.

Las conductas que no sean concretamente peligrosas tendrían que dejarse para sistemas extrapenales de protección. El argumento cumulativo de los autores de los delitos de peligro abstracto legitima un panpenalismo inaceptable: según aquel modelo, una conducta en sí misma inofensiva tendría que ser castigada cuando, si la realizaran muchos o todos en un cierto contexto, generara un peligro colectivo. Si muchos estudiantes fumarán durante las clases de un curso la salud de todos se pondría en peligro; entonces, no sería suficiente la sanción administrativa: ¿se debe castigar al que encienda un cigarro? Si todos o demasiados africanos inmigraran a Italia o, por ejemplo, demasiados italianos marcharan a Argentina, Italia o Argentina explotarían. Todo el mundo sabe que esto pasó en Argentina, ¿verdad? Entonces, según aquel modelo hay que castigar a cada uno de los inmigrantes.

Pues bien, no es solo por la libertad de los seres humanos —y de la prohibición de instrumentalizarlos castigándolos por prevención general— que

.....

(17) Críticamente al respecto MOCCIA, SERGIO, *Dalla tutela di beni alla tutela di funzioni: tra illusioni postmoderne e riflussi illiberali*, en *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1995, p. 343 y ss.

es necesario oponerse a la expansión descontrolada de los delitos y faltas de peligro abstracto y presunto. Los mismos no solo distorsionan el sistema penal entero, absorbiéndolo en la espiral de la mera desobediencia, sino que también atascan el sistema con sanciones que, por exigencias elementales de proporción, deben ser leves y por eso hacen meramente simbólica la protección —a veces de manera sospechosa, en el sentido de los *Kavaliersdelikte* y del trato favorable por las ilegalidades de las clases poderosas, de las que habla Foucault en *Vigilar y castigar*—,<sup>(18)</sup> en perjuicio de los mismos bienes realmente a proteger.

Cuando, contrariamente, las penas por delitos de peligro abstracto y presunto no son leves, como en el derecho penal político de las asociaciones, de los actos preparatorios, de los delitos de opinión, las penas son intolerablemente desproporcionadas; en ese caso, el peligro presunto puede ser útil para etiquetar y reprimir como “terrorismo” el mero disenso, como sucede en las dictaduras.

Una recodificación es la mejor ocasión para tirar toda aquella basura normativa.

### 3.4 |

El Anteproyecto afirma el principio de culpabilidad por el hecho, rechazando la culpabilidad de autor y la consideración de juicios de peligrosidad como fundamento de la pena.

Preliminarmente, cabe decir que al observador italiano, especialmente si no ha hecho propia la doctrina del *Personales Unrecht* derivada del finalismo, le llamaría la atención la afirmación del principio de la responsabilidad necesariamente dolosa o por imprudencia, no en la norma sobre la culpabilidad, sino junto al principio de legalidad: pero tal elección muy afortunada de los autores argentinos refleja el dato —puesto de relieve por finalistas como Darío Santamaría<sup>(19)</sup> e insertado en un coherente sistema

(18) FOUCAULT, M., *Sorvegliare e punire. Nascita della prigione*, Torino, Einaudi, 1976, Parte Cuarta, cap. II, p. 282 y ss.

(19) *Rein objektive Auffassung des Tatbestandsbegriffs und Verletzung des Gesetzlichkeitsprinzips*, en G. Stratenwerth, A. Kaufmann, G. Geilen et al (eds), *Festschrift für Hans Welzel*, Berlín-Nueva York, 1974, p. 431 y ss.

teleológico por Claus Roxin—<sup>(20)</sup> según el cual dolo y culpa son esenciales para la tipicidad, porque sin ellos la descripción del hecho no tendría la precisión necesaria en un estado de derecho. En los Proyectos de reforma italianos, quizás también por la influencia del dogma causal, no siempre emergió con la debida claridad el rechazo de una concepción del ilícito penal abierta a formas de responsabilidad objetiva; piénsese, en particular, en el Proyecto Pagliaro.<sup>(21)</sup> Por eso, hay que elogiar la previsión de la sola responsabilidad dolosa o culposa, en tanto ella deberá influir sobre la interpretación de las hipótesis de delito preterintencional previstas en la Parte Especial.

Volviendo a la culpabilidad, un primer aspecto de sumo interés a fin de compararlo con la situación italiana está representado por la eliminación de la reincidencia como causa de agravación de la pena más allá de los límites de la pena abstracta. Ninguno de los Proyectos de reforma del Código penal italiano llegó al punto de proponerla; por el contrario, con la ley 251 del 05/12/2005 se ampliaron los efectos represivos de la reincidencia, también en relación a la ejecución de la pena, excluyendo o limitando el acceso a los beneficios penitenciarios. Todo esto determinó una encarcelación en masa con referencia a formas de microcriminalidad vinculadas a condiciones de malestar económico y social y, a veces, de tóxico dependencia. También en otros países europeos y americanos se asistió a un **renacimiento** de la idea de neutralización de la peligrosidad.

La referencia clásica al principio de “culpabilidad” —y a su histórico presupuesto, la concepción retributiva de la pena— es notoriamente la barrera históricamente erigida contra las aberraciones del derecho penal de autor. Sin embargo, según una minoría de la doctrina italiana —Sergio Moccia<sup>(22)</sup> y, entre sus discípulos, seguramente quien escribe— también un derecho penal laicamente orientado a la idea de una función preventiva y, en particular, de reeducación y de orientación social de la pena

(20) ROXIN, C., “Politica criminale e sistema del diritto penale (1970)”, en Sergio Moccia (ed.), *Politica criminale e sistema del diritto penale. Saggi di teoria del reato*, Nápoles, 1998, pp. 78/79.

(21) Al respecto, ver CAVALIERE, A., “La disciplina del concorso di persone”, en Carlo Fiore; Sergio Moccia y Antonio Cavaliere (eds.), *Quale riforma del codice penale? Riflessioni sui Progetti Nordio e Pisapia*, Nápoles, 2009, p. 276 y ss.

(22) MOCCIA, SERGIO, *El derecho penal entre ser y valor. Función de la pena y sistemática teleológica*, Montevideo - Bs. As., 2003, p. 87 y ss.

—prevención especial y general positiva— debe quedar vinculado a la proporción entre la sanción y el delito cometido: penas desproporcionadas al hecho, legítimas solo desde una perspectiva de prevención especial negativa, inocuizante, o de intimidación casi terrorista, no pueden dejar de ser percibidas como injustas por parte de quien las sufre y de la misma colectividad y no pueden, por eso, constituir la premisa para una legítima intervención penal respetuosa de la persona. El reincidente al que se le aplica una pena que excede la proporción con el hecho se castiga tres veces: una primera en relación al hecho cometido en su tiempo, una segunda en atención al segundo delito y una tercera por ser un tipo de autor. Este “tercer *strike*” contrasta con el principio de proporción y con una prevención correcta.

Un segundo aspecto vinculado al tema de la culpabilidad pertenece a la doble vía, penas y medidas de seguridad, mantenido por el Anteproyecto. También los Proyectos de reforma del Código Penal italiano lo mantienen, aunque algunos de ellos eliminan, sin embargo, la posibilidad de aplicación conjunta y prevén un límite temporal máximo de la medida.

La ideología custodialista, contrastada en Italia por el movimiento conducido por Franco Basaglia y solo en parte superada con el cierre de los manicomios comunes, sobrevivió en la disciplina de los manicomios criminales, después denominados “hospitales psiquiátricos judiciales”. Pero en los últimos años, a partir de un decreto de la Presidencia del Gobierno de 2008, comenzó un proceso de superación de los actuales hospitales psiquiátricos judiciales. En este proceso se enfrentan dos orientaciones *de lege ferenda*. La primera quiere superar la inhumanidad de las condiciones de internamiento al eliminar los rasgos más aberrantes de la actual disciplina, pero quiere mantener —aunque circunscribiendo los efectos— 1) la idea de peligrosidad social del enfermo mental autor de delitos, 2) la primacía, en principio, del internamiento y de la segregación “medicalizada”, 3) la duración indeterminada de la sanción. Esta orientación parece todavía predominar; pero con la reciente ley 81/2014 se estableció el principio según el cual la medida de seguridad privativa de libertad no puede superar la pena máxima prevista por la ley para el delito cometido. Asimismo, esta segunda orientación introdujo un significativo correctivo al juicio de peligrosidad social, estableciendo que no se podrá fundar sobre la mera ausencia de condiciones familiares o sociales de malestar —es decir, sobre la ausencia de un “lugar donde ir”, de una familia, de una

asistencia socio-sanitaria suficiente—: deben ser los servicios socio-sanitarios del territorio los que se hagan cargo de la persona. Por otro lado, este último correctivo deja abierta la posibilidad de un juicio de peligrosidad sobre el enfermo en cuanto tal.

Quizás, desde la perspectiva penal, la idea de una medida fundada en la peligrosidad del enfermo psíquico se podría superar de verdad solamente superando el presupuesto cultural de la doble vía, según la cual hay autores “culpables”, dotados de libre albedrío —también solo en parte, en cuanto no enteramente víctimas de su propia “vulnerabilidad”— que se deberían “retribuir”, y autores “peligrosos” en cuanto están sometidos al siervo albedrío, que se deberían inocuizar. Una tentativa de superar la idea de culpabilidad ha sido defendida por Sergio Moccia en una idea laica de responsabilidad del autor por el delito cometido, en proporción a este, sin tomar en cuenta la “capacidad de libre albedrío” del autor mismo; esto, con la previsión de un único tipo de sanción penal, siempre orientada a fines de reeducación y de orientación social —y por eso siempre preferiblemente extramuros, con todo lo que sigue en términos de subsidiariedad del internamiento— y siempre proporcional al hecho cometido, pero adecuada, en su ejecución, a las necesidades de la persona castigada.<sup>(23)</sup> A la espera de este cambio de época, cada solución de reforma que mantenga nominalísticamente la doble vía, pero asegure sustancialmente el respeto de los principios recién enunciados, debe ser valorada.

## 4 | Algunas observaciones sobre las perspectivas de reforma en tema de estructura del delito

Así, hablando prácticamente de una sola norma del Anteproyecto, aunque en relación con la experiencia italiana, he llegado casi al final de mi ponencia. Manteniéndome en el plano de los principios generales, puedo añadir algunas reflexiones, sugeridas por la lectura del Anteproyecto, sobre la experiencia italiana en materia de reforma de las normas relativas a la estructura del delito.

.....

(23) MOCCIA, SERGIO, *ibid.*

Todos los Proyectos de reforma italianos contienen definiciones de causalidad, dolo y culpa, aunque en partes diferentes. La interpretación judicial, en efecto, corre el riesgo de producir erosiones de estos requisitos de la responsabilidad penal, y la reciente tendencia hacia la legitimación de un “inevitable” papel creativo de la jurisprudencia motiva justamente la amplitud del espacio hermenéutico dejado por los conceptos de teoría general del delito. A esto es necesario oponer, por las exigencias de garantía vinculadas al principio de legalidad *sub specie* de determinación, conceptos legislativos lo más claros posibles y unívocos. Como afirmaba en 1928 Delitala, “la tarea más importante de un buen legislador penal es justamente aquella de proveer una precisa disciplina jurídica de los elementos constitutivos del delito”.<sup>(24)</sup>

El Código Rocco contiene cláusulas generales —por ejemplo en tema de delitos de omisión impropia y de participación en el delito— cuya amplitud es, sin duda, contraria al principio de determinación y, también, a la reserva de ley en consideración del reenvío “de las normas penales en blanco” al “deber jurídico” de impedir el resultado. Los Proyectos de reforma italianos —en particular el art. 16 y ss. del Proyecto Grosso— intentaron tipificar en cláusulas de Parte General las posiciones de garantía, pero el resultado son normas, por un lado farragosas y, por el otro, todavía indeterminadas. En mi opinión es preferible la solución del Anteproyecto argentino, que renuncia a estas cláusulas y solo prevé particulares tipos omisivos en la Parte Especial.

Otro aspecto general concierne a las relaciones entre codificación y sistemática. En el art. 34 y ss. del Proyecto Grosso había un elenco indiferenciado de eximentes que no distinguía entre causas de justificación y causas de exclusión de la culpabilidad. Eso comportaba una evitable incertidumbre de las consecuencias jurídicas<sup>(25)</sup> pues, como es conocido, solo las primeras excluyen toda sanción penal y extrapenal, y se extienden a los partícipes.

.....

(24) DELITALA, GIACOMO, *Le dottrine generali del reato nel Progetto Rocco*, en AAVV, *Osservazioni intorno al “Progetto preliminare di un nuovo codice penale”*, Milán, 1928, p. 59 y ss.

(25) Para una crítica al Proyecto Grosso, ver CAVALIERE, ANTONIO, “*Sistematica del reato e scusanti nel Progetto preliminare di riforma della parte generale*”, en *Critica del diritto*, 2000, p. 301 y ss.

Siempre en relación con las eximentes, una mención merece la legítima defensa. El art. 52 del Código Rocco prevé el requisito, fundamental en el balance de los intereses, de la proporción entre defensa y ofensa. La elasticidad del concepto de proporción podía dar lugar a dudosas exclusiones jurisprudenciales de la legítima defensa. La alarma por las agresiones violentas, en el domicilio o en establecimientos comerciales, instrumentalizado por políticos y medios de comunicación, dio lugar a propuestas de reforma de corte distinto: algunas tendían, de manera compatible, a precisar el requisito de la proporción, definiendo los términos de tal relación con referencia a los bienes jurídicos —así, el art. 36 del Proyecto Grosso—: ninguna defensa violenta, pero proporcionada a la violencia de la agresión, habría sido punible.

Otras propuestas, en cambio, tendían a erosionar, en el plano del derecho sustantivo o de la prueba, el requisito de la proporción. Así se llegó a la reforma de la legítima defensa con la ley 59/2006 que, en su apart. 2 b), presume la proporción en hipótesis de defensa del domicilio o “comercial” de bienes propios o ajenos con “uso de armas”: cualquier uso, incluido el mortal. Se propusieron apreciables interpretaciones restrictivas de la norma,<sup>(26)</sup> pero la función de normas precisas que exijan la proporción y su prueba sin presunciones es aquella que cierra cualquier espacio a intérpretes menos apreciables. Están en juego la vida y la integridad física del ladrón, que, por el mero hecho de serlo, no pierde los derechos fundamentales. No es suficiente, al respecto, referirse al requisito de la “necesidad” previsto por el art. 52 CP: disparar al ladrón de fruta puede ser la única manera, pues es necesaria, para detenerlo, pero no es proporcionado.

Avalar, entonces, pulsiones emotivas de las víctimas de la criminalidad y del público reduciendo los requisitos de la legítima defensa significa arriesgarse a aumentar las víctimas de violencia “legítima”. Además, si esta idea se extiende a la facultad de defensa legítima y de uso de armas por parte de la fuerza pública y guardias privados, los peligros se vuelven manifiestos y gravísimos.

.....

(26) Al respecto, ver entre otros: MANTOVANI, FERRANDO, “*Legittima difesa comune e legittima difesa speciale*”, en *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, p. 432 y ss.; VIGANO, FRANCESCO, *Sulla ‘nuova’ legittima difesa*, en *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2006, p. 189 y ss.

## 5 | Decisiones fundamentales sobre el sistema sancionador

Creo que se puede afirmar que uno de los principales documentos de identidad de un Código Penal está representado por su sistema sancionador; el mismo refleja directamente las decisiones fundamentales sobre los fines del derecho penal. El Código Rocco estaba orientado, como es conocido, a una concepción retributivo-disuasoria de la pena y, conforme a eso, preveía la pena de muerte, la pena perpetua y la primacía absoluta de la pena de prisión, con escalas penales draconianas, pero también la previsión de penas de prisión mínimas breves o brevísimas (el mínimo de días de reclusión es 15, de arresto, 5). La única pena principal diferente de la privación de libertad era la pena pecuniaria, pues era reducida la posibilidad de suspensión o libertad condicional y no había otra sanción sustitutiva o alternativa.

Derogada, con la caída del fascismo, la pena de muerte en los años 70 muy poco había cambiado en Italia, si bien el art. 27, apart. 3 de la Constitución había establecido que “las penas no pueden consistir en tratos contrarios al sentido de humanidad y deben tender a la reeducación del condenado”. En la doctrina de aquellos años, a partir de la idea de una reforma penal inspirada en los principios constitucionales, se delineó una orientación hacia la eliminación de la pena perpetua, la exclusión de las penas de prisión breves y la valorización de sanciones no privativas de libertad como penas principales, en lugar de solo sustitutivas.

En Italia, todavía no se realizó ninguna de estas implicaciones de la idea de reinserción social. En 1974, de la costilla de un fracasado proyecto de reforma del Código nació una ley que amplió la suspensión condicional y modificó la materia de las circunstancias —incluso la reincidencia— y del concurso de delitos, encomendando a la discrecionalidad judicial la mitigación del terrorismo represivo del Código Rocco.

En 1975 y 1981 se introdujeron, respectivamente, medidas alternativas a la prisión y sanciones sustitutivas de las penas de prisión breves, una vez más encomendadas a la discrecionalidad judicial; sucesivamente se amplió su ámbito de aplicación. Se generó así un fenómeno de discrecional “fuga de la sanción”, de imprevisibilidad de la relación entre la pena abstractamente



prevista, la aplicada por el juez y la concretamente ejecutada; mientras tanto, el “derecho penal de la emergencia” previó exclusiones de las medidas alternativas y sanciones de prisión graves para algunos tipos de autor.

La falta de revisión de las escalas penales legislativas, la hipertrofia del sistema penal y, en particular, la legislación represiva en materia de drogas y el abuso de la prisión preventiva produjeron tasas de sobrepoblación carcelarias elevadísimas.

Se perdió, por un lado, la posibilidad de reconocer un verdadero “sistema” sancionador —pues el vigente es reducido a un traje de Arlequín— y, con eso, la confianza de los ciudadanos en el sistema penal; y por otro, entre cárceles inhumanas y fugas de la sanción, lo que falta es justamente la realización de verdaderas perspectivas de reinserción social.

Esta situación se sigue enfrentando todavía desde una perspectiva de mera deflación carcelaria, ampliando aún más las posibilidades de sustitución o de renuncia discrecional a la pena, o bien al mismo proceso penal, a través de instrumentos diversos como la suspensión del proceso con sujeción a la prueba.

También los Proyectos de reforma del Código ampliaron progresivamente la posibilidad de sanciones alternativas; algunos, como el Proyecto Nordio, perpetuando el vicio de encomendar la renuncia a la cárcel a la discrecionalidad del juez; otros, como el Proyecto Pisapia, excediendo la previsión de un montón de penas principales no carcelarias, casi imposible de traducir en un sistema coherente de Parte Especial.<sup>(27)</sup>

Solo con la reforma en tema de competencia penal del juez de paz se realizó una, aunque muy tímida, previsión de nuevas penas principales, como el arresto domiciliario y el trabajo de pública utilidad. En opinión de la doctrina más atenta a las implicaciones de las ideas de resocialización, *extrema ratio* y legalidad de la pena, esta sería la vía que se debería tomar decididamente: la previsión de un núcleo bien estructurado de penas principales diferentes de la pena de prisión.

.....

(27) Al respecto, ver CAVALIERE ANTONIO, “*Luci ed ombre nel sistema sanzionatorio dello Schema di legge delega 2007*”, en Carlo Fiore; Sergio Moccia y Antonio Cavaliere (eds.), *Quale riforma...*, op. cit., p. 635 y ss.

El Anteproyecto argentino constituye, respecto de la previsión de sanciones alternativas orientadas a la reinserción social, un muy buen modelo. Por otro lado, el mecanismo de aplicación es todavía el de la sustitución encomendada a la discrecionalidad judicial. En todo caso, una valoración completa del sistema sancionador exigiría una mirada a las escalas penales de Parte Especial, que no es posible en esta ocasión.

Por otro lado, la verdadera "*flor a l'ochal*" del Anteproyecto en materia de sistema sancionador es, en mi opinión, la abolición de la pena perpetua. Algunos de los Proyectos de reforma italianos, como el Proyecto Pagliaro, la mantenían; otros previeron la abolición, aumentando al mismo tiempo el límite máximo de la reclusión. La solución del Anteproyecto es una elección de civismo, que resulta perfectamente coherente con la adopción de una función de reinserción social de la pena: esta es incompatible con una pena perpetua. La Corte constitucional italiana defendió la legitimidad de la pena perpetua basándose en otras funciones de la pena, o de la retribución, la inocuización y la prevención general.<sup>(28)</sup> Apoyada por una parte de la doctrina, la Corte añadió que la previsión de posibilidades discrecionales de libertad —parcial o total— anticipada hace legítima la pena perpetua. El argumento debería, coherentemente, conducir a declarar la ilegitimidad de las hipótesis de pena perpetua llamada "*obstativa*", es decir, que no admite beneficios. Pero, más allá de eso, aquel argumento equivale a admitir una pena indeterminada en el máximo, dejada al albedrío del juez, lo que es contrario al principio de legalidad de la pena.

(28) CORTE COSTITUZIONALE, ITALIA, sentenza N° 264, 21/11/1974, [en línea] [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it)

# Pena de inhabilitación y suspensión del proceso a prueba

## Una modificación importante

por **DANIEL O. CUENCA**<sup>(1)</sup>

### I | Introducción

La reforma al tratamiento de la suspensión del proceso a prueba que surge del Anteproyecto de Código Penal de la Nación trae, entre otros puntos, la eliminación —como obstáculo a su concesión— de la existencia de una pena de inhabilitación, sea esta pena única o también conjunta o alternativa. La “actual” redacción del art. 76 bis expresamente así lo dispone, aunque la posterior interpretación del mismo dio origen a distintas posturas en la doctrina y en la jurisprudencia que motivaron, principalmente en las provincias, aplicaciones diversas de la prohibición indicada.

En efecto, la inclusión como obstáculo a la concesión del beneficio, basado en que la conducta enrostrada estaba punida con pena de inhabilitación, trajo desde su inicio un debate jurídico acerca de su conveniencia y legitimidad

(1) Abogado. Especialista en Derecho Penal por la Universidad del Salvador. Profesor Titular de Derecho Procesal Penal y Técnicas de Litigación Penal de la UCA, sede Rosario. Profesor Adjunto por concurso de Derecho Procesal Penal (UNR). Profesor de la Maestría en Derecho Procesal y de la Especialización en Derecho Penal (UNR). Vicepresidente de la Asociación Argentina de Profesores de Derecho Procesal Penal. Docente de posgrado en distintas carreras, ejerciendo la profesión en el área penal y en asesorías de políticas públicas ligadas a la justicia penal y a la seguridad.

en cuanto a la prohibición y su aplicación al caso concreto. De allí surgieron diversas interpretaciones; alguna supeditó su vigencia solo en cuanto a delitos que tenían ese tipo de pena en forma exclusiva; otros, también para aquellos que lo traían en forma conjunta o, en su caso, directamente su acatamiento a través de una interpretación literal y dogmática de la premisa. El Anteproyecto trae en su art. 45, apartado 7 la posibilidad de que ante la imputación de un delito que pueda o deba ser reprimido con inhabilitación, se permita la concesión bajo ciertas previsiones que guardan coherencia con el fin del instituto. Ensayaremos a continuación algún análisis sobre el futuro funcionamiento.

## 2 | Conveniencia del cambio

Entiendo acertado que se suprima la redacción anterior en cuanto a excluir el beneficio en aquellos delitos que contenían pena de inhabilitación. Resulta una pausable decisión de política criminal permitir que un importante número de sujetos incluidos dentro del sistema penal —la mayoría de las veces en su debut y despedida del mismo— puedan ser exceptuados de un trámite y posible pena, obviamente no efectiva, pero sí igual de dañosa, y a su vez, enmarcarlos en un mecanismo más eficaz socialmente y útil subjetivamente.

Es que resulta inadmisibles que una franja de infractores del Código Penal, a los cuales se les atribuye algún marco de impericia, imprudencia o negligencia, se los busque sancionar sin tratar de remediar precisamente esa incompetencia que dio lugar a la comisión del ilícito. Es incongruente que un autor de lesiones culposas por un accidente automovilístico esté en peor condición legal que uno imputado de lesiones dolosas, al cual sí se le permite el acceso al procedimiento del art. 76 del Digesto Penal.

Este comentario no desvaloriza la importancia del llamado “delito de tránsito” y su repercusión en la vida de los ciudadanos; lo que analizo es la inexistencia de una razón valedera para excluir precisamente a quienes, por una cuestión de seguridad común y futura del resto de los habitantes, deben reparar su ineptitud como cuestión esencial para superar la infracción cometida. A su vez, el núcleo de personas imputadas de este tipo de delitos es precisamente el contemplado en cualquier ordenamiento de

*probation* que se imponga, es decir, es el segmento primario, con delito leve a mediano, hecho producido con culpa y no con dolo, y que busca reparar lo acontecido. Para lograr esto, piden se suspenda la persecución, sometiéndose a reglas a cumplir, buscando reparar el daño y no cometiendo durante el tiempo fijado ninguna otra infracción, evitando así una criminalización sin sustento en su persona.

Mantener la vigencia de la prohibición es encubiertamente sostener la idea de penar, aún en suspenso, con más la inhabilitación, como un modo idóneo de combatir este tipo de delitos, consolidando aún más la idea de punitivismo generalizado e ineficaz como hasta el momento podemos advertir en la aplicación de sanciones para este tipo de criminalidad. En otras palabras, o vemos al hecho delictual culposo como una infracción a la sociedad toda y por ende la respuesta es sancionatoria o, por el contrario, estamos ante una visión de conflicto que el Estado debe mediar y procurar su resolución por vías alternativas que no siempre sean la sanción. En esta última corriente es claro que se debe dar una oportunidad, aún vigilada y reglada, a quien comete una infracción y luego busca remediarla, dejando la sanción como *ultima ratio*.

### 3 | Actividades dirigidas a remediar la incompetencia o inidoneidad

La reforma indica acertadamente que se deberá “procurar” la realización de actividades, marcando implícitamente una apertura en cuanto a diferenciar aquellas regladas de otras que no lo son y por ende sería dificultoso la imposición de alguna conducta a modo de regla capacitadora. Un buen ejemplo de esto último lo menciona Gustavo Vitale al referirse a la habilitación especial para su ejercicio.<sup>(2)</sup>

Es decir, que la idea del nuevo artículo supone que haya una actividad de parte del imputado, sea esta una profesión, una práctica, o un lugar de

.....

(2) El autor menciona hipotéticamente un ejemplo de un homicidio culposo derivado de la acción de una persona al prender el fuego para un asado y provocar la muerte de su acompañante al violar el deber de cuidado. Sería impensable inhabilitarlo para preparar asados. Ver VITALE, GUSTAVO, *Suspensión del proceso penal a prueba*, Bs. As., Del Puerto Editores, 1996, p. 134.

trabajo, que esté regulado por el Estado, imponiéndose dicha regulación como obligatoria para su realización en forma legal.

En síntesis, solo se pretenderá la realización de alguna destreza en los casos en que la práctica de la misma tenga alguna reglamentación específica que le otorga la habilitación para su realización. En caso contrario, no se debe aplicar la regla por incongruencia con la finalidad del instituto.

## 4 | Su inclusión como regla de conducta

Es acertado que se la incluya como una más, aunque en algunos delitos quizás sea la más importante, pero recalcando que el “procurar” que menciona el apartado 7 del nuevo artículo debe encaminarse a una específica y no a una genérica actividad de corrección o capacitación. En otras palabras, debe haber un programa preestablecido que relacione a la regla a imponer, con la actividad defectuosa que se pretende solucionar.

Así entonces, si el infractor es por un delito de tránsito, debe procurarse un programa destinado a infractores de tránsito con su correspondiente instrumentación. Si, por el contrario, se trata de una mala praxis médica, la cuestión pasa por un programa de reválida o de capacitación para poder así demostrar que se poseen los conocimientos técnicos necesarios para continuar con el ejercicio medicinal. De forma similar podemos seguir con los ejemplos en el área de la construcción y las normas de seguridad a cargo del respectivo encargado de la misma o en otras actividades debidamente reglamentadas.

Ahora bien, debemos dejar en claro que la aprobación de la destreza o de la nueva capacitación debe estar a cargo de los respectivos órganos administrativos reguladores de la actividad, como por ejemplo entes municipales de tránsito, colegios médicos o universidades, en su caso, colegios profesionales de la actividad que se encuentra reglamentada, quienes podrán ser los encargados “técnicos” de enseñar a remediar la presunta incompetencia o inidoneidad para así dar cumplimiento a lo establecido como regla de conducta. Una vez finalizado el programa, el ente encargado enviará o entregará al imputado la debida constancia de un resultado satisfactorio de la actividad desarrollada.

## 5 | Regla de conducta e inhabilitación temporaria

De poder arbitrarse un programa que contemple una actividad relacionada con la infracción, mientras dure la capacitación y/o ejercitación o práctica, y siempre y cuando el imputado lo solicite pues le interesa seguir en esa actividad, se deberá ordenar una inhabilitación especial provisoria mientras se realiza la misma. Sería inadecuado que alguien que se somete a una capacitación, la cual procura enmendar su ineptitud o impericia en alguna capacidad puesta en discusión a raíz de la causa penal, siga ejercitando la misma en similares condiciones al momento del siniestro criminal.

## 6 | Conformidad expresa del imputado para su aplicación

En efecto, el imputado debe aceptar la inhabilitación, sea esta invocada en su propio pedido o, en su caso, como respuesta del Fiscal al pedido de suspensión del proceso. Se estipula como una regla de conducta y no como una medida cautelar preventiva; tampoco, obviamente, como una pena, por lo cual requiere necesariamente que el imputado esté de acuerdo con su aplicación y así lo haga saber.

## 7 | Tiempo de aplicación

Atento a tener que circunscribirse en el desarrollo de una actividad, no se puede establecer un tiempo automático e igual para todos, pues dependerá de la capacitación a practicar para evaluar su duración. Ahora, es preciso tener en cuenta que el nuevo art. 37 impone en los casos de inhabilitación especial que se puede rehabilitar en la mitad del plazo, por lo cual entiendo que ese debería ser el máximo posible en los supuestos particulares de cada delito. No puede el plazo de una suspensión a prueba superar el que sería indicado como mínimo en una pena, pues no sería proporcional. Igualmente, reitero, el plazo debe relacionarse con la actividad capacitadora y evaluativa; de no ser así, no tendría otra relación que la de imponer como sanción, aun anticipada, la inoperatividad en la actividad.

## 8 | Control de la medida

Aunque es un tema que atañe a la reglamentación o, en su caso, a la reformulación de leyes orgánicas y sus ámbitos de competencia, este tipo de solución no puede aplicarse si previamente no se ha configurado una oficina especial de control y de seguimiento de la medida. Será esta la que elabore programas adecuados a los distintos supuestos de suspensión a prueba y la manera de lograr actividades, con control administrativo específico que coadyuven a lograr un resultado satisfactorio en la persona sometida a la medida.

El seguimiento refuerza la legitimidad de la acción a desarrollar, creando para el Estado un compromiso con la recuperación del imputado y no solamente con la búsqueda de la sanción, para que, en lo posible, esa persona no vuelva en el futuro a incurrir en la infracción.

## 9 | Conclusión

Entiendo acertado que se elimine el obstáculo de otorgamiento a aquellos delitos con pena de inhabilitación. La nueva redacción va a permitir organizar programas de capacitación y de idoneidad que permitan reforzar destrezas en el imputado para evitar su reiterancia en la conducta. También creo que se debe imponer una inhabilitación mientras dure el proceso de aprendizaje, debiendo conformarse una oficina de control que supervise e intervenga en los planes de cada suspendido. En estas condiciones, quizás encontremos alguna razón de prevención especial (aunque se relacione con la teoría de la pena) que nos muestre en el futuro algún resultado satisfactorio y concreto.

---



# Le misure di sicurezza per ‘infermi di mente’ nell’esperienza italiana e nell’Anteproyecto di codice penale argentino del 2014<sup>(1)</sup>

por FRANCESCO MARCO DE MARTINO<sup>(2)</sup>

La disciplina delle misure di sicurezza prevista dal codice Rocco agli art. 199 e ss., ed in particolare quella del l’internamento negli ospedali psichiatrici giudiziari (art. 222 CP), è un tema che tocca molto nel profondo noi napoletani.

Con un gruppo di giovani studenti volontari, dapprima abbiamo intrapreso uno scambio epistolare con gli internati, per rompere il loro totale abbandono e isolamento; di seguito, lavorando all’interno dei reparti, stiamo tentando di contrastare il degrado sistemico dell’ospedale psichiatrico giudiziario di Aversa, il più vecchio che abbiamo in Italia, nato senza una

(1) Este trabajo se expuso en la I Jornada Argentino Italiana: “Reforma penal y procesal penal”, celebrada en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales (UNLP) el 26/11/2014. También se presentó en el “Seminario sobre la experiencia de la reforma penal en Argentina e Italia”, organizado por la Carrera de Especialización en Derecho Penal —Departamento de Derecho Penal y Criminología— (UNR), el 28/11/2014

(2) Investigador de Derecho Penal (Universidad de Napoli “Federico II”, Italia). Profesor encargado de Derecho Penal en el Curso de Ciencias del Servicio Social (Universidad de Napoli “Federico II”, Italia).

base legale, in una improvvisata “sezione per maniaci” della “Casa penale di Aversa”, nel lontano 1876, grazie ad una decisione dell’allora direttore generale delle carceri italiane, Martino Beltrani Scalia.

Non essendovi dati ufficiali aventi ad oggetto il numero di internati e i reati da essi commessi, abbiamo condotto una ricerca in tutti i manicomi criminali italiani, scoprendo molti casi di detenzioni illegali. Il codice penale italiano, infatti, all’art. 222 stabilisce che la misura dell’internamento in un ospedale psichiatrico giudiziario è vietata se la pena prevista per il delitto commesso non sia superiore ai due anni di reclusione. Mentre, grazie alla ricerca, abbiamo documentato molti casi di internamento per il delitto di minaccia, previsto dal codice penale all’art. 612 e punibile solo con pena pecuniaria.

Anche per questo motivo abbiamo deciso di passare all’azione. Stiamo lavorando per promuovere un appello nazionale contro la categoria della pericolosità sociale, prevista dall’art. 203 CP, mediante una raccolta di firme. La prima firma dell’appello sarà quella di Andrea Camilleri, uno scrittore italiano molto conosciuto. Raccoglieremo le firme soprattutto nelle scuole e nelle università, poi nella società civile tutta, per arrivare infine in Parlamento e chiedere la modifica dell’intero impianto delle misure di sicurezza.

Fatta questa breve premessa vengo al tema che mi è stato assegnato.

La Costituzione italiana, varata nel 1948, vieta di degradare l’essere umano ad oggetto. L’art. 2 della Carta stabilisce “La Repubblica riconosce i diritti inviolabili dell’uomo”. La parola “riconosce” è fondamentale perché significa che la Repubblica “trova” dei diritti che l’essere umano ha già, e che non dipendono dall’esistenza della Repubblica perché la precedono. Questo significa che l’essere umano è un valore in sé. Ed essendo tale, l’uomo non può essere strumento di finalità politiche, costituendo semmai l’essenza stessa dell’azione politica la tutela del suo nucleo essenziale e inalienabile.

Il codice penale italiano oggi vigente, come sapete, è stato promulgato nel 1930, in pieno regime fascista. E come pure sapete, il fascismo non solo non vieta di degradare l’essere umano ad oggetto, ma ha in questa orribile finalità la sua principale essenza. Il regime fascista usa l’uomo come strumento e metodo di finalità politiche.

Questa contraddizione è tuttora presente nel sistema giuridico italiano. Il problema è che le norme disciplinanti i casi di persone con strutture psichiche abnormi autrici di reato non sono norme della Costituzione ma norme del codice penale che, richiamandosi all'ideologia fascista, possono essere funzionali all'annientamento e alla distruzione dell'essere umano.

Il codice penale, a partire dall'art. 199, disciplina le: "Misure amministrative di sicurezza"; l'art. 202 stabilisce che "Le misure di sicurezza possono essere applicate solo alle persone socialmente pericolose che abbiano commesso un fatto preveduto dalla legge come reato". L'art. 203 stabilisce che agli effetti della legge penale, è socialmente pericolosa la persona, anche se non imputabile e non punibile, la quale ha commesso un reato, quando è probabile che commetta nuovi fatti preveduti dalla legge come reati. E, al secondo comma, stabilisce che la qualità di persona socialmente pericolosa si desume dalle circostanze indicate dall'art. 133 CP.

Dunque per l'applicazione della misura di sicurezza occorre un fatto di reato ed in più la probabilità di un nuovo reato.

L'art. 133 CP a sua volta contiene un'elencazione di circostanze relative alla valutazione della gravità del reato, quali, ad esempio, le modalità dell'azione (mezzi adoperati, tempo, luogo ecc.), oltre ad un'altra elencazione relativa alla c.d. capacità a delinquere del colpevole. Questa seconda elencazione è assolutamente indeterminata. Infatti, all'interno di quest'ultima troviamo:

- i motivi a delinquere;
- il carattere del reo;
- la condotta e la vita del reo antecedente al reato;
- le condizioni di vita individuale, familiare e sociale del reo (co. 4).

Con questa norma si assegnano al giudice capacità "predittive", vale a dire di leggere nel futuro. Viene in mente l'immagine del mago che guarda nella sfera di cristallo per stabilire cosa accadrà.

Come è possibile prevedere la commissione di un reato? Non è possibile sulla base degli elementi suddetti, essendo essi così lontani dalla offesa del bene giuridico.

Cosa ha a che fare con i rischi di lesione di beni giuridici la condizione di vita sociale del reo o il suo carattere? Questo significa che se sei fuori dal contesto sociale, per esempio se sei un senzatetto, sei pericoloso, e quindi devi essere internato in un manicomio giudiziario. Ma significa anche che sei pericoloso, e quindi internato, se hai un "carattere" che non piace al giudice.

L'altro aspetto terribile del codice penale italiano è contenuto negli art. 207 e 208 CP, secondo cui se le persone non hanno cessato di essere pericolose la misura di sicurezza non può essere revocata. Se la persona risulta ancora pericolosa, il giudice stabilisce un nuovo termine di durata della misura di sicurezza, e così via all'infinito.

In Italia abbiamo definito questo meccanismo con il termine di ergastoli bianchi.

La cosa più grave però è che nessuno riflette sul fatto che se una persona è socialmente esclusa è il sistema sociale statale che non funziona. In altre parole, è lo stato sociale di diritto disegnato dalla nostra Costituzione a non essere stato attuato per l'indifferenza della società e della classe dirigente. Non è la persona che ha fallito, non è il singolo che fallisce, ma è il sistema che degrada le persone più deboli. Il sistema di potere è aiutato in questo dai mass-media e dall'individualismo (che essi propugnano) che ci ha fatto credere che se io fallisco la colpa è solo mia, magari mi dispero, mi chiudo nella mia disperazione solitaria, non mi unisco ad altri per tentare di cambiare le regole del gioco, e divento così spazzatura umana.

Con l'individualismo vince il più forte, spesso con la violenza psichica o fisica. Ma anche la violenza ha la sua Carta costituzionale. E il primo articolo di questa Carta dice che il più forte vince e il più debole è schiacciato, o costretto a vivere sotto asfissiante pressione. Perciò l'individualismo ha una struttura incompatibile con i principii dell'Illuminismo, cui la Costituzione italiana si ispira mediante il modello della solidarietà e dell'uguaglianza (art. 2 e 3).

Invece noi, insieme a Noam Chomsky, dovremmo dire: "Se io fallisco il mio progetto di vita può anche darsi che sia il sistema ad essere sbagliato, non io". E, come diceva già Antonio Gramsci: "non disperare, ripartire da capo, con calma, unendoci ad altri".

R. von Jhering, in un libro bellissimo che consiglio agli studenti dal titolo *La lotta per il diritto*, afferma che la finalità del diritto è la pace. Ma per ottenere la pace bisogna lottare.

Questo non si deve dimenticare.

La riforma italiana approvata nel maggio 2014 non è intervenuta sull'impianto binario del codice fascista; dunque lo ha rinnovato, sia pure mitigandolo.

I punti fondamentali della riforma sono, in estrema sintesi, i seguenti:

- anzitutto il giudice, quando sceglie una misura di sicurezza, deve scegliere una misura diversa dal manicomio giudiziario, salvo che le altre misure non siano idonee ad assicurare le cure e a contenere la pericolosità;
- le misure detentive di sicurezza non devono superare il tempo massimo della pena detentiva prevista per il reato commesso;
- non è più pericoloso chi non ha una casa dove andare.

La riforma, pur contenendo delle novità positive, non è interamente accettabile. Non è certo una riforma epocale. Non tocca assolutamente il doppio binario (pena e misura di sicurezza) e tutti i problemi che esso comporta in relazione alla strumentalizzazione dell'essere umano per finalità politico-criminali di stampo non democratico.

A ciò si aggiunga che il comma 3 dell'art. 27 della Costituzione italiana assegna alla pena anche una funzione di prevenzione speciale positiva, la risocializzazione/rieducazione del reo, assorbendo in tale pena anche la funzione propria della misura di sicurezza. Per quel che concerne.

Molto di più mi è piaciuto, ad un primo sguardo, l'Anteproyecto argentino. E' molto condivisibile l'idea di inserire un generale criterio di proporzione anche per le misure di sicurezza.

Condivido la necessità di limitare l'internamento alle sole ipotesi di manifestazioni concrete di aggressività contro beni giuridici fondamentali quali sono la vita, l'integrità personale e quella sessuale (art. 39).

Come pure è molto condivisibile la scelta di inserire un criterio relativo alla sanzione, stabilendosi la necessità della commissione di un delitto avente una pena nel massimo superiore a 10 anni. Questo significa che si è scelta la strada dell'internamento per i soli delitti gravi contro la persona.

Nel complesso, ripeto, mi piace molto la riforma che state discutendo.

Ho solo un dubbio. Ho letto alla p. 126 dell'Anteproyecto che resteranno le contraddizioni relative all'applicazione di una pena senza colpevolezza. Cioè l'applicazione della misura di sicurezza al non imputabile. Ed ho letto che ciò è dovuto al timore che una scelta diversa comporterebbe scandali mediatici.

Mi chiedo se dal punto di vista del metodo della riforma il legislatore debba seguire la pancia degli elettori, che alla fin fine sono spesso pilotati dal potere devastante dei mass-media, dall'individualismo e dalla sua violenza, o se invece il legislatore non sia obbligato, se vuole essere un buon legislatore, a seguire la strada della ragione, e indicare ai suoi cittadini la giusta via da seguire.

Da questo ultimo punto di vista io credo nella necessità che —soprattutto in una fase storica come questa, in cui appare tramontare la tutela dell'essere umano— non sia rinviabile contrastare con fermezza impianti di stampo non democratico, cui appartengono tutti quei sistemi normativi che strumentalizzano l'uomo per finalità politiche.

Questa, a mio avviso, dovrebbe essere la prima via che il legislatore democratico deve seguire, una nuova via.

---

# Los actos de corrupción en el Anteproyecto del Código Penal de la Nación

por MARTÍN G. DEGOUMOIS<sup>(1)</sup> y ANTONELA C. GHEZZI<sup>(2)</sup>

## I | Introducción

El Anteproyecto de Código Penal elaborado por la Comisión de Reforma, Actualización e Integración,<sup>(3)</sup> formada por decreto PEN 678/2013, contempla dentro de su Título XV Delitos contra la Administración Pública, las distintas figuras que tipifican los distintos hechos de corrupción, entre los que se encuentran aquellos descriptos en los diversos instrumentos internacionales referidos a la materia y que fueron suscriptos por nuestro país; se destacan, entre ellos, la Convención Interamericana contra la Corrupción (CICC),<sup>(4)</sup> la Convención para Combatir el Cohecho a Funcionarios Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales

.....

(1) Abogado (UBA). Colaborador técnico-jurídico de la Comisión de Reforma, Actualización e Integración del Código Penal (decreto 678/2013 PEN). Director Nacional de Política Criminal en materia de Justicia y Legislación Penal.

(2) Abogada (UBA). Colaboradora técnico-jurídica de la Comisión de Reforma, Actualización e Integración del Código Penal (decreto 678/2013 PEN). Asesora de la Secretaría de Justicia de la Nación.

(3) Presidida por el más ilustre y reconocido de los juristas del derecho penal de nuestro país: E. Raúl Zaffaroni. Integraron dicha Comisión, además, juristas de diversos espacios políticos, lo cual le otorgó una conformación plural: León Carlos Arslanián, Ricardo Gil Lavedra, María Elena Barbagelata y Federico Pinedo.

(4) Adoptada por la OEA el 29/03/1996 y aprobada por la República Argentina mediante ley 24.759, promulgada el 13/01/1997.

(Convención OCDE)<sup>(5)</sup> y la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción (CNUCC).<sup>(6)</sup>

En este sentido, debe destacarse que si bien la mayoría de los mismos ya se encuentran contemplados en nuestro actual Código de fondo, en el Anteproyecto se han redactado los tipos penales con ciertas modificaciones a fin de adecuar nuestra legislación a los estándares que surgen de los instrumentos internacionales suscriptos por nuestro país.

Lo expuesto, teniendo en cuenta la vital importancia que tiene la lucha contra este flagelo. En este sentido, entonces, debe resaltarse que en el Preámbulo de la Convención Interamericana contra la Corrupción se sostiene que: la corrupción socava la legitimidad de las instituciones públicas, atenta contra la sociedad, el orden moral y la justicia, así como contra el desarrollo integral de los pueblos; también se señala que la democracia representativa, condición indispensable para la estabilidad, la paz y el desarrollo de la región, por su naturaleza, exige combatir toda forma de corrupción en el ejercicio de las funciones públicas, así como los actos de corrupción específicamente vinculados con tal ejercicio. La Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, por su parte, también en el Preámbulo, afirma que la corrupción constituye una amenaza para la estabilidad y seguridad de las sociedades al socavar las instituciones y los valores de la democracia, la ética y la justicia, y al comprometer el desarrollo sostenible y el imperio de la ley. Por último, nuestra Constitución Nacional en su art. 36 resalta: "Atentará asimismo contra el sistema democrático quien incurriere en grave delito doloso contra el Estado que conlleve enriquecimiento".

La corrupción limita y afecta el sistema democrático y la capacidad de participación social. En esa línea, De Luca<sup>(7)</sup> ha afirmado: "Los actos de corrupción conforman un subsistema que rompe el sistema previsto cuya .....

(5) Aprobada por resolución 58/4 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de fecha 31/10/2003, suscripta en Mérida, México, el 10/12/2003 y aprobada por la República Argentina mediante ley 26.097, promulgada el 06/06/2006.

(6) Suscripta en París, el 17/12/1997 y aprobada por la República Argentina, mediante ley 25.319, BO 18/10/2000. Las Convenciones mencionadas prevén los distintos actos de corrupción en los siguientes artículos: CICC: arts. 6°, 8°, 9° y 11; CNUCC: Capítulo 3, arts. 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24 y 25; y Convención OCDE: art. 1°, apart. 1, 2 y 3.

(7) DE LUCA, JAVIER A., "Delitos de funcionarios públicos", VIII Encuentro de la Asociación de Profesores de Derecho Penal de la República Argentina, Universidad Nacional de La Plata, Bs. As., 17/10/2008, [en línea] <http://www.aapdp.com.ar/archivosparabajar/deluca.pdf>



razón de ser consiste en que todos estamos igualmente sometidos a la ley. Ese sistema se quiebra cuando una persona se coloca por sobre ella, atentando directamente contra la democracia representativa”.

Partiendo, entonces, del funcionamiento completamente distinto de esta clase de ilícitos respecto de los demás delitos comunes, y de que la corrupción política y económica es frecuente en las sociedades capitalistas actuales, en el Anteproyecto se han elevado las sanciones de prisión para los tipos de violación de los deberes de funcionario y abuso de autoridad, el cohecho pasivo y la concusión, el tráfico de influencias, el soborno transnacional, la admisión simple de dádivas, la malversación de caudales públicos y las exacciones ilegales, entre otros. Asimismo, en la mayoría de los supuestos mencionados se ha incorporado, en forma conjunta, la pena de multa.

De este modo, y en contra de algunas voces que se han alzado en el debate público acusando al Anteproyecto de ser un texto que promueve la impunidad de los funcionarios públicos, a poco de transitar por la lectura de estos tipos penales se puede apreciar que es notoriamente más severo con esta clase de delitos que el texto vigente.

Nos proponemos, entonces, realizar un estudio de las nuevas redacciones de los delitos que tipifican actos de corrupción, los cambios que implican respecto de los vigentes tipos penales, la nueva figura típica incorporada (peculado de uso), analizando, además, las implicancias y alcances que tales modificaciones suponen en su análisis dogmático a la luz de la teoría del delito.

## 2 | Nuevas disposiciones incorporadas a la Parte General

No puede perderse de vista que ciertas reformas que el Anteproyecto realiza en su Parte General cobran especial importancia al momento de analizar los delitos en cuestión.

Como ya hemos sostenido,<sup>(8)</sup> una de las innovaciones más importantes que trae el nuevo texto propuesto es la posibilidad de imponer sanciones a las personas jurídicas. No debe perderse de vista que los delitos que tipifican

(8) GHEZZI, ANTONELA y DEGOUMOIS, MARTÍN G., “Delitos contra la Administración Pública”, en E. R. Zaffaroni y R. M. Carlés (dirs.), *Anteproyecto de Reforma al Código Penal. Aportes para un debate necesario*, La Ley, 2014, p. 1493 y ss.

actos de corrupción tratan injustos en donde suele ser usual la intervención de empresas y sociedades comerciales. El carácter estructural de la corrupción está íntimamente vinculado con el accionar de distintos grupos económicos que muchas veces ejercen presión sobre el Estado al que utilizan como fuente de ganancias y beneficios ilegítimos. Un mecanismo cotidiano a fin de lograr ese objetivo es la utilización de las personas jurídicas: sea formando parte de las relaciones comerciales en el marco de contrataciones con el Estado, actuando como intermediarias o destinatarias de pagos indebidos entre las partes, o incluso como "pantalla" a fin de disimular incrementos patrimoniales injustificados, beneficiándose en muchos casos las firmas involucradas con el obrar ilegítimo de funcionarios y sus representantes.

Dando cumplimiento, entonces, a los compromisos internacionales asumidos en la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos,<sup>(9)</sup> la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción<sup>(10)</sup> y la Convención sobre la Lucha contra el Cohecho de Funcionarios Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales,<sup>(11)</sup> el Anteproyecto incorpora el Título IX que

.....

(9) Suscripta en Palermo, Italia, en diciembre de 2000, aprobada por la Argentina con la ley 25.632, BO 30/08/2002 que, en su art. 10, sostiene que: "1. Cada Estado Parte adoptará las medidas que sean necesarias, de conformidad con sus principios jurídicos, a fin de establecer la responsabilidad de personas jurídicas por participación en delitos graves en que esté involucrado un grupo delictivo organizado, así como por los delitos tipificados con arreglo a los arts. 5°, 6°, 8° y 23 de la presente Convención. 2. Con sujeción a los principios jurídicos del Estado Parte, la responsabilidad de las personas jurídicas podrá ser de índole penal, civil o administrativa. 3. Dicha responsabilidad existirá sin perjuicio de la responsabilidad penal que incumba a las personas naturales que hayan perpetrado los delitos. 4. Cada Estado Parte velará en particular por que se impongan sanciones penales o no penales eficaces, proporcionadas y disuasivas, incluidas sanciones monetarias, a las personas jurídicas consideradas responsables con arreglo al presente artículo."

(10) Esta, en relación al tema en cuestión, en su art. 26 señala que: "1. Cada Estado Parte adoptará las medidas que sean necesarias, en consonancia con sus principios jurídicos, a fin de establecer la responsabilidad de personas jurídicas por su participación en delitos tipificados con arreglo a la presente Convención. 2. Con sujeción a los principios jurídicos del Estado Parte, la responsabilidad de las personas jurídicas podrá ser de índole penal, civil o administrativa. 3. Dicha responsabilidad existirá sin perjuicio de la responsabilidad penal que incumba a las personas naturales que hayan cometido los delitos. 4. Cada Estado Parte velará en particular por que se impongan sanciones penales o no penales eficaces, proporcionadas y disuasivas, incluidas sanciones monetarias, a las personas jurídicas consideradas responsables con arreglo al presente artículo."

(11) En su art. 2° expresa que: "Cada Parte tomará las medidas que sean necesarias, de conformidad con sus principios jurídicos, para establecer la responsabilidad de las personas jurídicas por el cohecho a un funcionario público extranjero", y en su art. 3° inc. 2 que: "En caso de que, según el ordenamiento jurídico de una Parte, la responsabilidad penal no sea aplicable a las personas jurídicas, la Parte dará garantías para que las mismas sean sometidas

permite, de acuerdo a las condiciones y criterios allí establecidos, sancionar a las personas jurídicas con castigos que van desde la multa hasta la cancelación de la personería, pasando por suspensión en registros estatales y en la participación en concursos; esto en caso de que intervengan en delitos de cohecho (sea activo o pasivo, nacional o internacional), tráfico de influencias, aceptación de dádivas, negociaciones incompatibles e incremento patrimonial no justificado.

Otro avance sumamente significativo lo constituye la previsión en el Título VII de la Parte General del decomiso del provecho y los instrumentos del delito, aun cuando no mediere condena, pero se hubiere probado el origen ilícito de los bienes y su vinculación con el delito.

Toda vez que mediante esta clase de ilícitos, en general, lo que se busca es la obtención de ganancias económicas ilegítimas en desmedro de las arcas estatales, el decomiso se convierte en una herramienta esencial en la lucha contra este tipo de delitos al privar a los infractores de los bienes indebidamente obtenidos.

En relación con ello, debemos recordar también las distintas exigencias que rigen en el ámbito internacional en relación a las acciones necesarias que los Estados deben adoptar para lograr la identificación de bienes y el recupero de activos de origen ilícito vinculados con los delitos analizados. Entre ellas, cabe mencionar a las previstas en el art. 15 de la Convención Interamericana contra la Corrupción;<sup>(12)</sup> art. 3º, inc. 3 de la Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones

.....  
a sanciones eficaces, coherentes y disuasorias de carácter no penal, incluidas sanciones monetarias por el cohecho de funcionarios públicos extranjeros”.

(12) Art. XV: “Medidas sobre bienes: 1. De acuerdo con las legislaciones nacionales aplicables y los tratados pertinentes u otros acuerdos que puedan estar en vigencia entre ellos, los Estados Partes se prestarán mutuamente la más amplia asistencia posible en la identificación, el rastreo, la inmovilización, la confiscación y el decomiso de bienes obtenidos o derivados de la comisión de los delitos tipificados de conformidad con la presente Convención, de los bienes utilizados en dicha comisión o del producto de dichos bienes. 2. El Estado Parte que aplique sus propias sentencias de decomiso, o las de otro Estado Parte, con respecto a los bienes o productos descritos en el párrafo anterior, de este artículo, dispondrá de tales bienes o productos de acuerdo con su propia legislación. En la medida en que lo permitan sus leyes y en las condiciones que considere apropiadas, ese Estado Parte podrá transferir total o parcialmente dichos bienes o productos a otro Estado Parte que haya asistido en la investigación o en las actuaciones judiciales conexas”.

Comerciales Internacionales;<sup>(13)</sup> y art. 31 y la totalidad del Capítulo V de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción.<sup>(14)</sup>

En consonancia con ello, este Proyecto de Reforma circunscribe con precisión el alcance del provecho del delito, señalando que abarca tanto los bienes directamente provenientes de él, como aquellos en los que se hubieren transformado o que los hubieren sustituido. Asimismo, señala que el decomiso puede dictarse tanto respecto del autor como de terceros beneficiados, sean personas físicas o jurídicas, y que la medida procederá, aun sin condena, en los supuestos en que se hubiere acreditado el origen ilícito de los bienes en cuestión.

En definitiva, el texto propone otorgar a los operadores judiciales una herramienta eficiente para privar a los involucrados de los beneficios obtenidos ilegalmente y desalentar la comisión de estos delitos; esto, cercenando, a su vez, los circuitos de dinero que permiten el financiamiento de otros ilícitos y posibilitando que ese dinero y bienes sean recuperados por el Estado y devueltos a la sociedad.

### 3 | Los delitos que tipifican actos de corrupción en el Anteproyecto

En el presente apartado, nos interesa realizar un análisis de una serie de artículos en los que se hace referencia a aquellos delitos que tipifican actos de corrupción. Para ello, nos centraremos en aquellos que están incluidos dentro de los Capítulos V, VI, VII y VIII, del Título XV Delitos contra la Administración Pública, del Anteproyecto de Código Penal de la Nación.

(13) Art. 3º, inc. 3: “Cada Parte deberá tomar las medidas necesarias para estipular que el cohecho y el producto de este de un servidor público extranjero o los bienes cuyo valor corresponda al de ese producto estén sujetos a incautación y decomiso; o sean aplicables sanciones monetarias de efecto comparable”.

(14) Arts. 31 y del 51 al 59 de la Convención, interesando resaltar el art. 54.1 que establece: “Cada Estado Parte, a fin de prestar asistencia judicial recíproca conforme a lo dispuesto en el art. 55 de la presente Convención con respecto a bienes adquiridos mediante la comisión de un delito tipificado con arreglo a la presente Convención o relacionados con ese delito, de conformidad con su derecho interno”; y en particular, el inc. c): “Considerará la posibilidad de adoptar las medidas que sean necesarias para permitir el decomiso de esos bienes sin que medie una condena, en casos en que el delincuente no pueda ser enjuiciado por motivo de fallecimiento, fuga o ausencia, o en otros casos apropiados”.

### 3.1 | Los conceptos de cohecho y colusión (art. 261)

- I. Será reprimido con prisión de dos (2) a ocho (8) años, multa de sesenta (60) a doscientos cuarenta (240) días, e inhabilitación hasta veinte (20) años, el funcionario público que por sí o por persona interpuesta exigiere, solicitare, aceptare o recibiere, para sí o para un tercero, dinero o cualquier otra dádiva, ventaja patrimonial, o su promesa, para hacer, retardar o dejar de hacer algo relativo a sus funciones.
2. El máximo de la pena de prisión será de doce (12) años para el magistrado del Poder Judicial o del Ministerio Público que por sí o por persona interpuesta exigiere, solicitare, aceptare o recibiere, para sí o para un tercero, dinero o cualquier otra dádiva, ventaja patrimonial, o su promesa, para emitir, dictar, retardar u omitir dictar una resolución, fallo o dictamen, en asuntos sometidos a su competencia.

Como puede observarse, el nuevo tipo penal contenido en el art. 261 del Anteproyecto regula tanto el **cohecho pasivo** previsto en el art. 256 CP como la **concusión**, cuya existencia se deriva, según cierta parte de la doctrina, del art. 266 actual. De igual modo, también se contempla en la disposición analizada la agravante del art. 257 vigente para los casos en que el agente sea magistrado del Poder Judicial o del Ministerio Público.

En lo que respecta a la figura básica, se continúa previendo como sujeto activo del delito al funcionario público, sea que obre por sí o por interpósita persona. No obstante, ya no nos encontramos ante un delito de codelinuencia necesaria para todos los supuestos: si bien se mantienen como verbos típicos “recibir” (entrar en la tenencia material del objeto que otro entrega) y “aceptar” (admitir recibir en un futuro lo que el tercero promete), se agrega como verbo típico el “solicitar”, lo que implica que ya no resulte necesario que previamente haya existido algún tipo de ofrecimiento o promesa.

La incorporación en cuestión permite abarcar los casos que son omitidos por las tipificaciones vigentes, aun cuando es una de las formas más frecuentes de llevar adelante el hecho delictivo, es decir: cuando es el funcionario quien propone llevar adelante la maniobra. Este agregado permite, además de poner punto final a las discusiones en torno a las

distinciones con otras figuras —como se verá a continuación—, adecuar mejor nuestra legislación a la Convención Interamericana contra la Corrupción y la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción. Así, la primera, en su art. VI, punto 1, inc. a) considera como acto de corrupción:

El requerimiento o la aceptación, directa o indirectamente, por un funcionario público o una persona que ejerza funciones públicas, de cualquier objeto de valor pecuniario u otros beneficios como dádivas, favores, promesas o ventajas para sí mismo o para otra persona o entidad a cambio de la realización u omisión de cualquier acto en el ejercicio de sus funciones públicas.<sup>(15)</sup>

Mientras, la segunda consagra en su art. 15 que:

Cada Estado Parte adoptará las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente: a) La promesa, el ofrecimiento o la concesión a un funcionario público, en forma directa o indirecta, de un beneficio indebido que redunde en su propio provecho o en el de otra persona o entidad con el fin de que dicho funcionario actúe o se abstenga de actuar en el cumplimiento de sus funciones oficiales; b) La solicitud o aceptación por un funcionario público, en forma directa o indirecta, de un beneficio indebido que redunde en su otra persona o entidad con el fin de que dicho funcionario actúe o se abstenga de actuar en el cumplimiento de sus funciones oficiales.

Como señalamos anteriormente, las modificaciones introducidas por el Anteproyecto permiten terminar con los debates en torno a la diferencia existente entre los delitos de cohecho pasivo, exacciones ilegales y concusión.

Al respecto, en la actualidad existen dos posturas encontradas: algunos entienden que a diferencia de lo que ocurre en el cohecho pasivo donde

.....

(15) La incorporación de esta acción típica ya había sido propuesta por la Comisión creada por resolución 1/1999 del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación —integrada por el autor con los Dres. Eduardo Aguirre Obarrio, José Antonio Buteler y Edgardo Donna— en las “Sugerencias para la Reforma del Código Penal”, que fueron mantenidas en el Proyecto de Reforma elaborado por la Comisión establecida por la resolución 420/2000 del Ministerio de Justicia; y por el Informe elaborado por Andrés D’Alessio y Mauro Divito en *Código Penal Comentado y Anotado*, t. II, 2ª ed., Bs. As., La Ley, 2009, p. 1267.

hay un acuerdo de voluntades entre el funcionario y el particular, en las restantes hay una exigencia indebida por parte del agente. En esos delitos el funcionario exige, compele, se prevalece de su condición y del temor que impone el acto de autoridad, mientras que el particular no entrega la dádiva o el dinero libremente, sino que lo hace por miedo.

Así, entonces, para la mayoría de la doctrina la distinción no pasa por quien proponga el acuerdo venal, sino en la libertad con la que obre el particular. De esta forma, habrá cohecho aun en el caso de que el acuerdo sea propuesto por el funcionario si con ello no se doblega la voluntad de quien paga o promete.<sup>(16)</sup> Existe, sin embargo, otra posición que continúa sosteniendo que la diferencia entre los delitos en cuestión está dada por quien propone el acuerdo.<sup>(17)</sup>

Las discrepancias planteadas se resuelven con la incorporación del verbo "solicitar" a la figura del nuevo art. 261, sucediendo lo mismo con aquellas discusiones reinantes acerca de los aspectos fundamentales que permiten distinguir las exacciones ilegales de la concusión, al incorporar esta última figura en el tipo mencionado mediante la acción de exigir.

En lo que hace a ello, debe recordarse que parte de la doctrina entiende hoy que el tipo del art. 266 contempla la figura de exacciones ilegales, mientras la concusión queda abarcada en el art. 268 CP,<sup>(18)</sup> que reprime al funcionario que convierta en provecho propio las exacciones obtenidas ilegalmente. No obstante, para ciertos autores<sup>(19)</sup> el tipo del art. 266 CP contempla no solo las exacciones ilegales, sino también la concusión. Así, la exacción se presentará cuando el funcionario exija a un particular una contraprestación indebida en nombre y a beneficio del Estado, agravándose si posteriormente la convierte en provecho propio (art. 268 CP). La

(16) D'ALESSIO, ANDRÉS y DIVITO, MAURO, *op. cit.*, p. 1267; TRIB. ORAL CRIM. N° 12 CABA, "W. C.", 09/06/1999; DE LUCA, JAVIER, "Cohecho y Concusión", en *La Ley* 1999-E, p. 331.

(17) DONNA, EDGARDO A., *Delitos contra la administración pública*, Bs. As., Rubinzal - Culzoni Editores, 2002, p. 226.

(18) SOLER, SEBASTIÁN, *Derecho Penal Argentino*, act. por Manuel Bayala Basombrio, t. V, Bs. As., TEA, 1996, p. 260.

(19) D'ALESSIO, ANDRÉS, *op. cit.*, p. 1317; CARRARA, FRANCESCO, *Programa de Derecho Criminal. Parte Especial*, vol. V, Bogotá, Temis, 1972, p. 94; RAMOS MEJÍA, ENRIQUE, *El delito de concusión (exigencia de dádivas en el ámbito de la función pública)*, Bs. As., Depalma, p. 53; DONNA, EDGARDO, *op. cit.*, p. 348.

concusión, por su parte, se configurará cuando lo que exija el funcionario sea la entrega de una dádiva, toda vez que como el Estado no puede recibir dádivas resulta evidente que desde el inicio el agente requiere para sí y no para la Administración.<sup>(20)</sup>

Existe otra posición que considera, incluso, que directamente la concusión no está prevista en la legislación argentina.<sup>(21)</sup>

Con el nuevo texto proyectado, la Comisión redactora optó por legislar la figura de la concusión junto con el cohecho. Estaremos frente a la primera de las figuras cuando el funcionario "exija" una dádiva afectando la libertad del particular objeto de su pretensión (aunque ahora se la limita vinculándola a un acto futuro de competencia del funcionario), mientras que en el caso que se mantenga vigente un mutuo acuerdo con el interesado, aun cuando sea el propio agente estatal quien lo proponga solicitando la dádiva, estaremos en presencia de un cohecho.

Las exacciones se mantienen, como se verá más adelante, para los casos en que hay una exigencia por parte del funcionario en nombre de la Administración, agravándose en caso de que, con posterioridad a ello, el agente las convierta en provecho propio.

Además de echar luz sobre las cuestiones esenciales hasta aquí descritas, la norma propuesta amplía los objetos del ilícito al establecer que los mismos pueden consistir en: dinero o cualquier otra dádiva, ventaja patrimonial, o su promesa. Así, "dinero" es el valor representado por la moneda de curso legal, nacional o extranjera, apta para el cambio, mientras que<sup>(22)</sup> "dádiva" es lo que se da sin retribución económica, sin contraprestación de la otra parte;<sup>(23)</sup> existe una discusión en la doctrina acerca de si esta

---

(20) Esta ha sido la postura adoptada por la jurisprudencia en los fallos del TRIB. ORAL CRIM. FED. N° 5, "Varela Cid, Eduardo A.", 11/05/1999; y CNAC. APEL. CRIM. Y CORRECC., Sala IV, "Zukiazian Artak s/ recurso de casación", 22/03/2001.

(21) RIMONDI, JORGE LUIS, *La problemática actual de la concusión*, Santa Fe, Rubinzal - Culzoni Editores, 1999.

(22) D'ALESSIO, ANDRÉS, *op. cit.*, p. 1275.

(23) BUOMPADRE, JORGE E., *Código Penal y normas complementarias - Análisis doctrinario y jurisprudencial*, Raúl E. Zaffaroni y David Baigún (dirs.), Bs. As., Hammurabi, t. 10, p. 474.



última debe representar necesariamente un valor económico, o si puede comprender cualquier clase de beneficios.

El agregado efectuado no denota cuál es la postura adoptada al respecto por la Comisión, ya que si bien se incorpora la “ventaja” (por si existía alguna duda de que la misma resultaba comprendida por el concepto de dádiva), se la limita a un contenido de índole patrimonial. Ahora bien, aun cuando esa aclaración haya tenido por objeto excluir del tipo penal cualquier entrega que persiga satisfacciones puramente estéticas, sensoriales, sensoriales o sentimentales, consideramos que no se ha logrado con ello dar solución definitiva a la cuestión, ya que al mantenerse el término “dádiva” subsisten las diferencias vigentes en torno a su significado y alcance.

Por nuestra parte, consideramos que la conducta del funcionario que negocia un acto propio de sus funciones, sea a cambio de algo que posea o no valor económico, no puede quedar al margen de la punibilidad. Lo contrario vulneraría los compromisos internacionales asumidos por nuestro país mediante la suscripción de diversos instrumentos en el marco de la lucha llevada adelante contra este flagelo. En efecto, como vimos en los artículos citados precedentemente, las Convenciones que rigen en la materia hablan de dádivas, favores, promesas o ventajas —CICC— o directamente de beneficios indebidos —CNUCC—, sin limitar su alcance a contenido económico alguno. Siguiendo esta idea es que consideraríamos que la mejor opción hubiese sido hablar directamente de ventajas sin hacer referencia alguna a las clases de provechos alcanzados por dicho término.

Por otro lado, teniendo en cuenta lo dispuesto por la normativa internacional señalada, en el Anteproyecto se prevé expresamente que el beneficio en cuestión puede ser tanto para el funcionario como para un tercero.

En lo que hace a la promesa, se eliminó la mención de que puede ser directa o indirecta, por considerar innecesaria la previsión expresa de dicha diferenciación.

En el aspecto subjetivo del cohecho no ha habido modificación alguna, por lo que se continúa exigiendo el dolo directo del autor y el elemento subjetivo distinto del dolo que consiste en que la aceptación, recepción o solicitud se lleven adelante en relación a realizar, omitir o retardar un acto propio de

sus funciones. Esta ultrafinalidad, al ser requerida también para los casos en que el funcionario exige al particular, se convierte en un nuevo requisito para que se configure el delito de concusión.

Finalmente, y como se adelantó en la introducción, respecto de ambas figuras se propone elevar la pena actualmente estipulada a un mínimo de 2 años y un máximo de 8 años de prisión, incorporándose para ambos supuestos la pena de multa en forma conjunta. Ello, además de mantener la inhabilitación especial correspondiente que, por reglas generales vinculadas a los límites de las sanciones, tendrá un máximo de 20 años.

En la figura agravada, contenida en el punto 2 del art. 261, se reflejan las modificaciones realizadas al tipo básico. Al respecto, debemos señalar que las reformas se limitan a incorporar como acciones típicas de magistrados del Poder Judicial, fiscales y defensores oficiales el **solicitar** y **exigir**, a las ya previstas aceptar y recibir, sea **para sí o para un tercero**, dinero o cualquier otra dádiva, **ventaja patrimonial** o su promesa. En el aspecto subjetivo de la tipicidad se mantiene intacto el elemento subjetivo distinto del dolo que requiere que el agente obre con la finalidad de emitir, dictar, retardar u omitir dictar una resolución, fallo o dictamen, en asuntos sometidos a su competencia.

A efectos de resguardar la coherencia en las disposiciones y cumplir con el principio de proporcionalidad de las penas, no se mantuvo la sanción agravada en el doble de la escala prevista para la figura básica como ocurre en el Código Penal vigente. De esta manera, considerando el contenido del injusto cometido por este tipo específico de funcionarios y su relación con el cohecho o la concusión que pueden ejercer el resto de los agentes estatales comprendidos en la definición del art. 63, inc. c), se consideró pertinente mantener el mínimo de prisión amenazada en los dos años, y el máximo llevarlo a 12, tal como lo contempla la legislación actual.

### 3.2 | El tipo de tráfico de influencias (art. 262)

- I. Será reprimido con prisión de dos (2) a ocho (8) años y multa de sesenta (60) a doscientos cuarenta (240) días, el que por sí o por persona interpuesta exigiere, solicitare, aceptare o recibiere, para sí o para un tercero, dinero o cualquier otra dádiva, ventaja patrimonial, o su promesa, para hacer valer indebidamente su influencia ante un funcionario público, a fin de que este haga, retarde o deje de hacer algo relativo a sus funciones.

2. Si la conducta estuviere destinada a hacer valer indebidamente una influencia ante un magistrado del Poder Judicial o del Ministerio Público, a fin de obtener la emisión, dictado, demora u omisión de un dictamen, resolución o fallo en asuntos sometidos a su competencia, el máximo de la pena de prisión se elevará a doce (12) años.

En el Capítulo V, el Anteproyecto aborda el tipo penal de **tráfico de influencias**, primero en una figura referida a todos los funcionarios públicos, y en un segundo párrafo a la calificante prevista para los supuestos en que la conducta sea dirigida a los magistrados del Poder Judicial o del Ministerio Público.

Aquí se continúa la línea marcada en las figuras contempladas en el tipo anterior, habida cuenta de que para guardar correspondencia entre todos los delitos del capítulo, a los verbos "solicitar" o "recibir" del vigente art. 256 bis CP se incorporan **aceptar** y **exigir**, sea **para sí o para un tercero**. Lo mismo ocurre en el marco de los objetos sobre los que recae la acción, donde se añade la ventaja patrimonial a los ya previstos: dinero o cualquier otra dádiva y sus promesas, cuya distinción entre directa o indirecta también se suprime.

En ambos supuestos se mantienen los elementos del tipo distintos del dolo, exigidos en el plano subjetivo, esto es: la finalidad de hacer valer indebidamente la influencia sobre un funcionario para que este haga, retarde o deje de hacer un acto propio de sus funciones en el primer supuesto; y la de hacer valer esa influencia, también en forma indebida, ante un juez, fiscal o defensor a fin de obtener la emisión, dictado, demora u omisión de un dictamen, resolución o fallo en asuntos sometidos a su competencia, en el caso de la figura agravada.

En lo que hace a la penalidad, se conservan los criterios sentados en el artículo anterior contemplándose para la figura base de tráfico de influencias una sanción superior a la actual, esto es, prisión de dos (2) a ocho (8) años, incorporándose, además, la pena de multa en forma conjunta, coincidiendo así su cuantía con la prevista para las conductas descriptas en la disposición precedente. Lo mismo sucede con la figura agravada, cuyo máximo se eleva aquí también a 12 años de prisión.

No obstante, a diferencia de lo ocurrido con las anteriores figuras se disminuye la sanción de inhabilitación. En efecto, si bien ya no podría im-

ponerse en forma perpetua, al no ser prevista expresamente, se termina minimizando al doble tiempo de la condena por aplicación de lo previsto en el art. 36, inc. 4 del Anteproyecto.

### 3.3 | El cohecho activo (art. 263)

Será reprimido con prisión de uno (1) a seis (6) años y multa de sesenta (60) a doscientos cuarenta (240) días, el que diere, prometiére u ofreciere dinero o cualquier otra dádiva o ventaja patrimonial en procura de alguna de las conductas reprimidas por los artículos 261 y 262.

A través de esta disposición el Anteproyecto regula la conducta de quien diere, **prometiére** u ofreciere **dinero**, o **cualquier otra dádiva o ventaja patrimonial** en procura de las conductas de cohecho pasivo o tráfico de influencias, contemplando así la figura que obra como contracara de aquellas hasta aquí descritas: el llamado **cohecho activo**.<sup>(24)</sup>

Como puede observarse, las modificaciones efectuadas a la figura están vinculadas a cuestiones de correlatividad con las reformas introducidas a los delitos a los que la figura remite.

No obstante, se decidió eliminar la aclaración actual respecto de que la acción puede ejercerse de forma directa o indirecta. Dicha supresión obedece a considerarse innecesaria su previsión en forma expresa (al igual que lo sucedido respecto de las promesas en los tipos precedentes), por aplicación de las reglas generales del análisis dogmático de autoría y participación.

Por otro lado, y a diferencia de lo que se hizo con los anteriores ilícitos del Capítulo, se optó en este caso por no agravar la acción en caso de que es-

(24) Valen aquí también las consideraciones efectuadas en torno al objeto de la acción en el cohecho activo, a fin de dar cumplimiento a la Convención Interamericana contra la Corrupción que, en su art. VI, punto 1, inc. b) entiende como "acto de corrupción": "El ofrecimiento o el otorgamiento, directa o indirectamente, a un funcionario público o a una persona que ejerza funciones públicas, de cualquier objeto de valor pecuniario u otros beneficios como dádivas, favores, promesas o ventajas para ese funcionario público o para otra persona o entidad a cambio de la realización u omisión de cualquier acto en el ejercicio de sus funciones públicas"; esto, al igual que al art. 15 a) de la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción que, como se vio, se refiere a la adopción de medidas legislativas para tipificar "la promesa, el ofrecimiento o la concesión a un funcionario público, en forma directa o indirecta, de un beneficio indebido que redunde en su propio provecho o en el de otra persona o entidad con el fin de que dicho funcionario actúe o se abstenga de actuar en el cumplimiento de sus funciones oficiales".

tuviera dirigida a ciertos funcionarios del Poder Judicial de la Nación o el Ministerio Público, estableciéndose para todos los casos la escala hoy prevista para el delito básico que va desde uno (1) a seis (6) años de prisión.

Finalmente, se contempla también como conjunta la pena de multa, y al no encontrarse prevista expresamente la inhabilitación para el caso que el sujeto activo sea funcionario público, resultará aplicable la misma por el doble de la condena de acuerdo a las reglas dispuestas en la Parte General del Anteproyecto.

### 3.4 | La figura del cohecho internacional (art. 264)

Será reprimido con prisión de dos (2) a ocho (8) años y multa de sesenta (60) a doscientos cuarenta (240) días, el que diere, prometiére u ofreciere a un funcionario público de otro Estado o de una organización internacional, en su beneficio o en el de un tercero, dinero, cualquier otra dádiva, ventaja patrimonial o favor o beneficio de cualquier índole, o su promesa, a cambio de que dicho funcionario realizare u omitiere realizar un acto relacionado con el ejercicio de sus funciones, o para que hiciera valer la influencia derivada de su cargo, en un asunto vinculado a una transacción de naturaleza económica, financiera o comercial.

En lo referido al **cohecho internacional**, debemos recordar que la figura tiene como antecedente el art. VIII de la Convención Interamericana contra la Corrupción (OEA),<sup>(25)</sup> de donde fue tomada prácticamente en forma literal por el actual art. 258 bis CP.

(25) Dicha norma prescribe en el art. VIII: "Soborno transnacional: Con sujeción a su Constitución y a los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, cada Estado Parte prohibirá y sancionará el acto de ofrecer u otorgar a un funcionario público de otro Estado, directa o indirectamente, por parte de sus nacionales, personas que tengan residencia habitual en su territorio y empresas domiciliadas en él, cualquier objeto de valor pecuniario u otros beneficios, como dádivas, favores, promesas o ventajas, a cambio de que dicho funcionario realice u omita cualquier acto, en el ejercicio de sus funciones públicas, relacionado con una transacción de naturaleza económica o comercial.

Entre aquellos Estados Partes que hayan tipificado el delito de soborno transnacional, este será considerado un acto de corrupción para los propósitos de esta Convención.

Aquel Estado Parte que no haya tipificado el soborno transnacional brindará la asistencia y cooperación previstas en esta Convención, en relación con este delito, en la medida en que sus leyes lo permitan".

Asimismo, su tipificación se encuentra prevista en el art. 16 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (ONU)<sup>(26)</sup> y en el art. 1° de la Convención sobre la Lucha contra la Corrupción de Agentes Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales (OCDE).<sup>(27)</sup>

Las modificaciones hechas por el Anteproyecto en el art. 264 tuvieron por fin guardar correlato con el delito de cohecho activo, dada su evidente relación con el mismo. En ese contexto, se mantiene como acción típica “ofrecer”, pero se reemplaza “otorgar” por el término “dar” y se incorpora “prometer”, para coincidir así con los verbos contemplados en aquel ilícito. Si bien “otorgar” es un término más amplio que “dar”, ya que abarca también el consentir algo que se solicita, entendemos que estos supuestos se encuentran igualmente comprendidos mediante la inclusión del vocablo “prometer”.

(26) ARTÍCULO 16.- Soborno de funcionarios públicos extranjeros y de funcionarios de organizaciones internacionales públicas: 1. Cada Estado Parte adoptará las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente, la promesa, el ofrecimiento o la concesión, en forma directa o indirecta, a un funcionario público extranjero o a un funcionario de una organización internacional pública, de un beneficio indebido que redunde en su propio provecho o en el de otra persona o entidad con el fin de que dicho funcionario actúe o se abstenga de actuar en el ejercicio de sus funciones oficiales para obtener o mantener alguna transacción comercial u otro beneficio indebido en relación con la realización de actividades comerciales internacionales.

2. Cada Estado Parte considerará la posibilidad de adoptar las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente, la solicitud o aceptación por un funcionario público extranjero o un funcionario de una organización internacional pública, en forma directa o indirecta, de un beneficio indebido que redunde en su propio provecho o en el de otra persona o entidad, con el fin de que dicho funcionario actúe o se abstenga de actuar en el ejercicio de sus funciones oficiales.

(27) ARTÍCULO 1°.- El Delito de Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros 1. Cada parte tomará las medidas que sean necesarias para tipificar que conforme a su jurisprudencia es un delito penal que una persona deliberadamente ofrezca, prometa o conceda cualquier ventaja indebida pecuniaria o de otra índole a un servidor público extranjero, ya sea que lo haga en forma directa o mediante intermediarios, para beneficio de este o para un tercero; para que ese servidor actúe o se abstenga de hacerlo en relación con el cumplimiento de deberes oficiales, con el propósito de obtener o de quedarse con un negocio o de cualquier otra ventaja indebida en el manejo de negocios internacionales.

2. Cada parte tomará las medidas necesarias para tipificar como delito la complicidad, incluidas la incitación, la ayuda, la instigación o la autorización de un acto de cohecho de un servidor público extranjero. La tentativa y la confabulación para sobornar a un servidor público extranjero constituirán delitos penales en el mismo grado en que lo sean la tentativa y la confabulación para sobornar a un servidor público de esa parte.

3. Los delitos expuestos en los párrafos 1 y 2 anteriores en lo sucesivo se denominarán “cohecho de un servidor público extranjero”.

En similar fundamento de correspondencia entre los tipos se basa la supresión de que las acciones puedan llevarse adelante directa o indirectamente, como la enumeración de los objetos sobre los que ellas pueden recaer.

En lo que hace a esto último, mientras que el art. 258 bis CP vigente se refiere a sumas de dinero, cualquier otro objeto de valor pecuniario u otras compensaciones tales como dádivas, favores, promesas o ventajas, la nueva disposición propuesta habla de dinero, cualquier otra dádiva, ventaja patrimonial o favor o beneficio de cualquier índole. Se deduce, entonces, que si bien se utilizan palabras distintas, los objetos abarcados por los conceptos elegidos son los mismos que los actualmente contemplados.

La nota distintiva de esta figura es que agrega a la fórmula consagrada en las disposiciones anteriores de “dinero, cualquier otra dádiva o ventaja patrimonial”, los favores o beneficios de cualquier índole. De esta manera, se mantiene igual que la norma vigente, cumpliendo con los compromisos internacionales asumidos y supliendo las falencias que mencionamos en relación al cohecho local.

En ese sentido, reiteramos que consideramos que la aquí utilizada es la pauta correcta a fin de regular el delito de soborno en todos los ámbitos, por lo que estimamos que ella debería ser empleada para todos los tipos del Capítulo.

Por otra parte, cabe señalar que con la incorporación del soborno transnacional a nuestra legislación interna, se introdujo un nuevo tipo de sujeto calificado: el funcionario público de otro Estado o de una organización pública internacional. Ello hizo surgir la necesidad de fijar los alcances del término en cuestión, llegando a convertirse el cumplimiento de esa labor en una de las recomendaciones efectuadas por el Grupo de Trabajo sobre Cohecho en las Transacciones Comerciales Internacionales al momento de llevar adelante las evaluaciones a nuestro país, a efectos de determinar el cumplimiento de los compromisos internacionales asumidos en la materia.<sup>(28)</sup>

(28) En efecto, el grupo mencionado en la evaluación a la cual fue sometida la República Argentina el día 20/06/2008 recomendó introducir una definición autónoma de “funcionario público extranjero”, de tal manera que alcance a funcionarios públicos de empresas públicas extranjeras y a funcionarios de entidades territoriales que no estén reconocidos como Estados. Esta recomendación fue reiterada, asimismo, en las evaluaciones subsiguientes.

Con el Anteproyecto se introduce, finalmente, la definición de este elemento normativo, a fin de contar con una legislación similar al resto de los Estados Partes de la Convención y cumplir, así, con las obligaciones contraídas ante la comunidad internacional. Con ese objetivo y tomándose como guía lo señalado, tanto el instrumento en cuestión como el proyecto elaborado por el Poder Ejecutivo Nacional a través del mensaje 640 y enviado al Congreso de la Nación el día 10/05/2010, se estableció en el art. 63, inc. c) del texto proyectado que:

Se entenderá por “funcionario público de otro Estado” o de cualquier entidad territorial reconocida por la Nación Argentina, a toda persona que haya sido designada o electa para cumplir una función pública, en cualquier de sus niveles o divisiones territoriales de gobierno, o en toda clase de organismo, agencia o empresa pública en donde el Estado ejerza una influencia directa o indirecta.

Por otra parte, en lo referido al tipo subjetivo se continua exigiendo, además del requisito de existencia de un dolo directo, la ultrafinalidad de que el ilícito se lleve adelante en el afán de que los sujetos mencionados realicen u omitan realizar un acto relacionado con el ejercicio de sus funciones, o para que hagan valer su influencia en un asunto vinculado a una transacción de naturaleza económica, financiera o comercial.

En lo que hace a la punición, considerando la gravedad del injusto de quien intenta corromper a funcionarios públicos extranjeros o de organizaciones internacionales, se decidió elevar la escala penal actual de uno (1) a seis (6) años a una escala que va de dos (2) a ocho (8) años de prisión; esto incorporándose en forma conjunta la pena de multa.

Cabe destacar, también, que al no estar ya prevista la inhabilitación para ejercer cargos públicos, se suprime su mención en la disposición. Sin embargo, de acuerdo a las características del sujeto activo, resultarán aplicables las inhabilitaciones e interdicción previstas en el art. 36 del Anteproyecto, siempre que se den las condiciones requeridas para ello.

Por último, nos interesa destacar que el Anteproyecto viene a poner fin a otro de los debates generados en torno a la figura bajo análisis, vinculado a la posibilidad de aplicar la ley argentina para el juzgamiento de los hechos consumados en el exterior por parte de sus ciudadanos o de personas domiciliadas en su territorio.



En este sentido, actualmente, mientras algunos entienden que la aplicación de la ley nacional es posible en todos los supuestos (se trate de un soborno a un funcionario argentino o extranjero, se haya cometido en el país o no —aunque en el último supuesto, con la condición que existieran efectos que habrán de producirse en nuestro territorio—), otros reclaman la incorporación del principio de nacionalidad activa para que ello resulte posible, tal como se encuentra receptado en nuestra legislación para aquellos casos en que se niega la extradición de un nacional por haber cometido un delito en el extranjero y el imputado opta por ser sometido a juicio ante tribunales nacionales (ley 24.767, art. 12).<sup>(29)</sup>

A fin de aclarar la discusión reinante en la actualidad, el Anteproyecto incorpora en la Parte General, al regular las cuestiones de competencia y jurisdicción, un principio según el cual nuestra ley resultará aplicable para todos los delitos cometidos en el extranjero que, según el derecho internacional, deban o puedan ser juzgados por los tribunales nacionales.

De esta manera se da cumplimiento al art. 4º, apart. 2 de la Convención sobre la Lucha contra el Cohecho de Funcionarios Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales que establece que: “Cada Parte examinará si su base actual de jurisdicción es eficaz para luchar contra el cohecho de funcionarios públicos extranjeros y, en caso negativo, tomará las medidas correctivas”, como también a la recomendación efectuada por el Consejo de la Organización el 23/05/1997, mediante la cual se reclamaron medidas eficaces para la disuasión, prevención y lucha contra este delito.

### 3.5 | La aceptación de dádivas y las personas jurídicas (arts. 265 y 266)

#### ARTÍCULO 265.-

1. Será reprimido con prisión de seis (6) meses a dos (2) años, multa de treinta (30) a ciento ochenta (180) días, e inhabilitación de dos (2) a cinco (5) años, el funcionario público que aceptare dádivas que fueren entregadas en consideración a su oficio, mientras permaneciere en el ejercicio del cargo.
2. El que ofreciere o entregare la dádiva será reprimido con prisión de seis (6) meses a un (1) año o multa de treinta (30) a ciento ochenta (180) días.

(29) D'ALESSIO, ANDRÉS y DIVITO, MAURO, *op. cit.*

## ARTÍCULO 266.-

Las personas jurídicas podrán ser sancionadas por los delitos previstos en este Capítulo, en los términos del presente Código.

Para finalizar el Capítulo V, se contemplan las figuras de **aceptación y ofrecimiento de dádivas** del actual art. 259 CP, sancionando tanto la conducta del funcionario que acepta la dádiva como la de quien la ofrece o entrega.

El tipo aquí analizado guarda vinculación con lo previsto en la Ley 25.188 de Ética de la Función Pública, que en su art. 2º, dice que los funcionarios están obligados a: "... d) No recibir ningún beneficio personal indebido vinculado a la realización, retardo u omisión de un acto inherente a sus funciones, ni imponer condiciones especiales que deriven en ello"; mientras que el art. 18 dice: Los funcionarios públicos no podrán recibir regalos, obsequios o donaciones, sean de cosas, servicios o bienes, con motivo o en ocasión del desempeño de sus funciones. En el caso de que los obsequios sean de cortesía o de costumbre diplomática la autoridad de aplicación reglamentará su registración y en qué casos y cómo deberán ser incorporados al patrimonio del Estado, para ser destinados a fines de salud, acción social y educación o al patrimonio histórico-cultural si correspondiere.

En lo que hace a las modificaciones introducidas por el texto proyectado a la actual figura, debe señalarse que ya no se utilizan los términos "admitir" y "presentar", siendo empleados en su lugar "aceptar" y "entregar". Si bien se trata de sinónimos de aquellos, estos últimos resultan mejores a efectos de mantener coherencia y correlación en la redacción de los tipos.

Sin embargo, más allá de ello consideramos que hubiese sido conveniente, respecto del funcionario, utilizar el verbo "recibir", ya que la modificación adoptada puede generar confusiones en torno a la punibilidad de ciertos supuestos. En este sentido, debemos recordar que resulta necesario que el funcionario reciba la dádiva, no bastando la mera aceptación de su promesa. Ello configura un requisito esencial para que se consume el delito ya que la simple aceptación del ofrecimiento de la misma es atípica.

Se continúa, pues, exigiendo que la conducta típica se desarrolle mientras el funcionario se mantenga en el ejercicio de su cargo, y que ella se lleve adelante en consideración de su oficio.

En cuanto a la escala penal prevista, los mínimos de prisión contemplados en el Código Penal se elevan a seis (6) meses para las dos figuras contempladas, incorporándose para los funcionarios públicos también la sanción de multa en forma conjunta, y previéndose la de inhabilitación por un lapso de dos (2) a cinco (5) años. Respecto del tercero que realiza la entrega o el ofrecimiento, dada la reducida escala penal prevista, se incorpora la posibilidad de imponer una multa en forma alternativa.

Para concluir, tal como se adelantó en la introducción a la temática, se consagra que las personas jurídicas pueden ser sancionadas por cualquiera de los delitos previstos en el Capítulo V.

### 3.6 | La malversación como tipo penal (art. 267)

Será reprimido con prisión de seis (6) meses a tres (3) años y multa de diez (10) a sesenta (60) días, el funcionario público que diere a los fondos o bienes que administrare una aplicación diferente de aquella a que estuvieran destinados, si de ello resultare daño o entorpecimiento del servicio al que estuvieran asignados.

A propósito del tipo penal de **malversación de caudales públicos**, se advierte, en primer lugar, que el Anteproyecto elimina la figura actualmente contenida en el primer párrafo del art. 260 CP —malversación simple—, por medio de la cual se reprime al funcionario público que “diere a los caudales o efectos que administrare una aplicación diferente de aquella a que estuvieran destinados”.

En su lugar, se conserva solo el tipo previsto como agravado en la fórmula vigente, exigiendo en todos los casos que de la conducta en cuestión “resultare daño o entorpecimiento del servicio al que estuvieran asignados”.

Quedan, entonces, fuera del ámbito de reproche penal los casos en que no haya perjuicio, debiendo tratarse esos supuestos como meras infracciones formales, o en caso de incumplir con alguna de las obligaciones legales —por ejemplo, las impuestas por la ley de administración financiera y la ley de presupuesto vigente para el ejercicio de que se trate— podrán configurar el delito de violación de los deberes de funcionario público de darse los requisitos exigidos por dicha figura.

Este cambio se refleja en la pena con que se amenaza la comisión del delito, la cual pasa de inhabilitación y multa, a prisión de seis (6) meses a tres (3) años, imponiéndose, además, en forma conjunta una multa, y resultando también aplicable la inhabilitación por el doble tiempo de la condena en virtud de lo dispuesto en el art. 36, inc. 4.

Por otra parte, se consideró que la fórmula “**caudales o efectos**” debía ser actualizada, ya que en muchos casos se termina forzando la interpretación de su significado para que ingresen conductas al tipo cuando se afectan bienes que no necesariamente pueden ser considerados como tales (por ejemplo, la energía).

Con esa finalidad, dichos términos fueron reemplazados por **fondos**<sup>(30)</sup> y **bienes**, vocablos que no solo abarcan el contenido de aquellos, sino que resultan mejores técnicamente para el delito en cuestión ya que abarcan activos de cualquier tipo —sean tangibles o intangibles, muebles o inmuebles—, como también a los documentos o instrumentos legales que acrediten derechos sobre dichos activos, de acuerdo a lo previsto en el art. 2312 CC.

Finalmente, se mantiene la exigencia de que dichos objetos deben estar sujetos a una finalidad específica determinada por ley, reglamento u orden de autoridad competente, ya que si no tienen un destino específico los bienes no pueden ser objeto de malversación. Asimismo, el cambio de destino del bien debe ser público, no debiendo salir de la órbita de la Administración. En caso contrario, nos encontraríamos frente a la figura de **peculado** prevista en el art. 268, inc. 1 del Anteproyecto.

### 3.7 | Las figuras de peculado y equiparación (arts. 268 y 269)

#### ARTÍCULO 268.-

1. Será reprimido con prisión de dos (2) a diez (10) años y multa de sesenta (60) a doscientos cuarenta (240) días, el funcionario público que sustrajere fondos o bienes cuya administración, percepción o custodia le hubiere sido confiada en razón de su cargo.
2. Será reprimido con prisión de uno (1) a cuatro (4) años, multa de treinta (30) a ciento ochenta (180) días e inhabilitación de dos (2) a

(30) De acuerdo a lo establecido por el Diccionario de la Real Academia Española, fondos significa “caudal o conjunto de bienes que posee una persona o comunidad”.

diez (10) años, el funcionario que empleare en provecho propio o de un tercero, trabajos, servicios o bienes pagados por una administración pública.

3. Será reprimido con multa de diez (10) a sesenta (60) días o inhabilitación de seis (6) meses a cuatro (4) años, el funcionario público que, por imprudencia o negligencia, o por inobservancia de los reglamentos o deberes de su cargo, diere ocasión a que se efectuare por otra persona la sustracción de fondos o bienes, o el empleo de trabajos, servicios o bienes, de que se trata en los incisos anteriores.

#### ARTÍCULO 269.-

Quedan sujetos a las disposiciones anteriores los que administraren o custodiaren bienes pertenecientes a establecimientos de instrucción pública o de beneficencia, así como los administradores y depositarios de fondos o bienes embargados, secuestrados o depositados por autoridad competente, aunque pertenecieren a particulares.

En general, la disposición mantiene el texto del art. 261, primer párrafo del Código Penal vigente, aunque introduce la modificación incorporada ya en el tipo penal de malversación respecto de los objetos del delito. De esta forma, se sanciona al funcionario público que sustrajere **fondos o bienes** cuya administración, percepción o custodia le hubiese sido confiada en razón de su cargo.

De igual modo, en consonancia con la vigente, la pena de prisión se conserva en una escala que va de los dos (2) a los diez (10) años, incorporándose aquí también —como en la mayoría de las figuras del Título— la sanción de multa en forma conjunta. Por otra parte, si bien por cuestiones de límites fijados en la Parte General no se prevé la inhabilitación perpetua, resulta aplicable el art. 36, inc. 4, por lo que se deberá imponer inhabilitación por el doble tiempo de la condena, pudiendo alcanzar la misma entonces un máximo de 20 años.

En el segundo inciso del art. 268 se contempla el conocido **peculado de trabajo o servicios**, sancionando al funcionario que empleare en provecho propio o de un tercero, trabajos o servicios pagados por una Administración Pública.

No obstante, y a efectos de cumplir con lo previsto en el inc. b), punto 1 del art. XI de la Convención Interamericana contra la Corrupción,<sup>(31)</sup> y entendiendo que estos casos no pueden quedar al margen de la punibilidad, se decidió tipificar también el llamado **peculado de uso** mediante la incorporación a la norma en cuestión del término “**bienes**”.

Lo expuesto anteriormente, en el entendimiento de que habiendo incorporado expresamente en la Parte General del Anteproyecto a la insignificancia y la escasa significación de la afectación al bien jurídico como causas de exención y reducción de pena, aquellas conductas de poca relevancia quedarán fuera de la penalidad del tipo, resultando comprendidas por el mismo solo aquellas que generen una considerable afectación a la Administración Pública.

En ambos supuestos, al estimar que existe un injusto de menor gravedad que aquel previsto en el inciso precedente, la pena de prisión se reduce a una escala de uno (1) a cuatro (4) años, fijándose la inhabilitación en un mínimo de dos (2) y un máximo de diez (10) años, e incorporándose la multa en forma conjunta a ellas.

En el último inciso de la disposición se incorpora la actual figura del art. 262 CP llamada “**facilitación culposa de sustracción de bienes públicos**” que conmina con pena de multa al funcionario que, de manera culposa, diere lugar a la comisión del delito de peculado. Como veremos, el ilícito ahora se extiende también a los casos de desviación de ese tipo de bienes.

En primer lugar, y como se vino haciendo en las restantes figuras del Capítulo, se reemplazan los términos “caudales y efectos” por “fondos o bienes”. Además, se extiende la punibilidad no solo a los supuestos ya previstos en que el obrar imprudente del agente diere ocasión a que ellos sean sustraídos por un tercero, sino también al empleo por parte de estos de los trabajos, servicios o bienes abonados por la Administración Pública.

.....  
(31) Dicho artículo considera como acto de corrupción: “El uso o aprovechamiento indebido en beneficio propio o de un tercero, por parte de un funcionario público o una persona que ejerce funciones públicas de cualquier tipo de bienes del Estado o de empresas o instituciones en que este tenga parte, a los cuales ha tenido acceso en razón o con ocasión de la función desempeñada”.

En lo referido a la penalidad, si bien se mantiene la sanción de multa, la misma ya no se cuantifica teniendo en cuenta el valor de lo sustraído, sino que se fija en una escala determinada conforme a las pautas consagradas en la Parte General; se agrega, también, la posibilidad de, en su lugar, optar por inhabilitar al funcionario por un periodo de seis (6) meses a cuatro (4) años.

Para concluir, el texto presentado al Poder Ejecutivo por la Comisión reformadora transcribe la cláusula de equiparación del art. 263 del Código, asimilando a los funcionarios públicos a quienes administren o custodien bienes pertenecientes a establecimientos de instrucción pública o de beneficencia, como también a los administradores y depositarios de **fondos o bienes** embargados, secuestrados o depositados por autoridad competente, por más que pertenezcan a particulares. La única modificación introducida, como puede observarse, se limita a suplantar, como se hizo en todo el Capítulo, los conceptos "efectos" y "caudales".

### 3.8 | Sobre las negociaciones incompatibles (art. 270)

- I. Será reprimido con prisión de uno (1) a seis (6) años y multa de treinta (30) a ciento ochenta (180) días, el funcionario público que, directamente, por persona interpuesta, o por acto simulado, se interesare en miras de un beneficio propio o de un tercero, en cualquier contrato u operación en que tomare parte en razón de su cargo, aunque no existiere perjuicio particular para la administración pública.
2. Esta disposición será aplicable a los árbitros, amigables componedores, peritos, contadores, tutores, curadores, albaceas, síndicos y liquidadores, con respecto a las funciones cumplidas en el carácter de tales.
3. Las personas jurídicas podrán ser sancionadas, en los términos del presente Código.

El delito de **negociaciones incompatibles** contemplado en el art. 270 se mantiene similar al previsto en el art. 265 CP.

De esta manera, el tipo penal sigue exigiendo desde el punto de vista objetivo una calidad "especial" de autor, esto es, ser funcionario público; una acción consistente en actuar en actos preparatorios o ejecutivos de un contrato u operación; y que la actuación sea realizada en ejercicio o con ocasión de las funciones asignadas.

A su vez, a nivel subjetivo la figura en cuestión exige que el autor obre con dolo, es decir, con conciencia de que interviene en un contrato u operación en el que actúa por su función pública. Sin embargo, debe resaltarse que lo característico del delito es que el agente actúe movido por un interés privado (propio o ajeno), distinto al de la Administración, vale decir, persiguiendo una finalidad de beneficio para sí o para otro, condicionando la voluntad negocial de la Administración según ese espurio interés.

Para Sancinetti, el "interés" al que hace alusión el texto legal se trata de un elemento del tipo subjetivo distinto del dolo. En cambio, D'Alessio, al igual que Donna, entienden que interesarse es la acción típica del delito, mientras que el elemento subjetivo distinto del dolo se refiere a la finalidad de obtener un beneficio propio o para un tercero.<sup>(32)</sup>

Por otra parte, debe señalarse que, si bien se trató de una posición minoritaria, en algún momento se afirmó que el interés o beneficio que se obtenía del contrato en el que se actuaba debía concretarse.<sup>(33)</sup> No obstante, la mayoría de la doctrina y jurisprudencia<sup>(34)</sup> estima que alcanza solo con la posible obtención del interés o beneficio, posición que compartimos.

Para dejar en claro que el tipo no exige necesariamente el perjuicio para el Estado ni lucro personal de su autor, el Anteproyecto consagra, en forma clara, la interpretación amplia del tipo penal al agregar a la última parte del artículo la frase: "aunque no existiese perjuicio particular para la Administración Pública".

Seguidamente, se mantiene la equiparación consagrada en el actual art. 265 que establece que la disposición resultará también aplicable a

.....

(32) DONNA, EDGARDO, *op. cit.*, p. 317; D'ALESSIO, ANDRÉS, *op. cit.*, p. 1311.

(33) FONTÁN BALESTRA, CARLOS, *Derecho Penal. Parte Especial*, Bs. As., AbeledoPerrot, 1978, p. 581; CNAC. CRIM. Y CORRECC. FED., Sala II, "Sofovich", 17/09/1993.

(34) CREUS, CARLOS, *Delitos contra la administración pública*, Bs. As., Astrea, 1981, p. 371. HEGGLIN, FLORENCIA, "La figura de negociaciones incompatibles en la jurisprudencia de la Capital Federal", en *Revista Nueva Doctrina Penal* 2000/A, Del Puerto, 2000, p. 210. SANCINETTI, MARCELO, "Negociaciones Incompatibles con el Ejercicio de Funciones Públicas", en *Doctrina Penal*, Depalma, 1986, p. 74. D'ALESSIO, ANDRÉS, *op. cit.*, p. 1314. CNAC. CRIM. Y CORRECC. FED., Sala II, "Testimonios de la apelación del dictado de falta de mérito en relación a Félix Alberto Nicolini", 29/05/1996; "De Marco Naón", 14/03/2000; "Tudesco Balut y otros", 16/09/1996; Sala I, "Martínez de Hoz, José Alfredo", 15/11/1990; "Lira, Rodolfo", 04/11/1997, entre otros.



los árbitros y amigables componedores, peritos, contadores, tutores, curadores, albaceas, síndicos y liquidadores, con respecto a las funciones cumplidas en carácter de tales.

En lo que hace a la pena, se conserva la escala de prisión vigente y se incorpora la sanción de multa en forma conjunta. Además, si bien no se contempla la inhabilitación perpetua, actualmente prevista por los límites consagrados en la Parte General del texto, su falta de previsión expresa hacer jugar lo establecido en el art. 34, inc. 6. Finalmente, aquí también se prevé la posibilidad de sancionar a las personas jurídicas por este delito.

### 3.9 | El tipo de exacciones ilegales (art. 271)

- I. Será reprimido con prisión de uno (1) a cuatro (4) años y multa de treinta (30) a ciento veinte (120) días, el funcionario público que, abusando de su cargo, exigiere o hiciere pagar o entregar indebidamente, con destino a la administración pública, por sí o por interpuesta persona, una contribución o un derecho, o cobrare mayores derechos que los que le correspondieren.
2. Será reprimido con prisión de dos (2) a ocho (8) años y multa de treinta (30) a ciento ochenta (180) días, el funcionario público que convirtiere en provecho propio o de terceros las exacciones expresadas en el inciso anterior.

A continuación, se describe la conducta que configura el llamado “delito de **exacciones ilegales**”. Corresponde resaltar que dadas las discusiones doctrinarias suscitadas en torno a este delito, y a su relación con el cohecho y la concusión, se decidió aclarar la cuestión tipificando aquellos dos en forma conjunta y separada de las exacciones.

De esta forma, como ya se explicó anteriormente, se incorporó a la figura de cohecho el verbo “solicitar” para contemplar los supuestos en los que el funcionario era quien proponía el acuerdo. Por esta razón se suprime el vocablo en cuestión como acción típica del ilícito aquí analizado. Por idénticas razones, también se suprime de la disposición tratada el término “dádiva”, que es el que llevaba a parte de la doctrina y jurisprudencia a sostener que aquí se encontraba también prevista la figura de concusión.

Además de lo descripto, y con la finalidad de remarcar la solución adoptada, el Anteproyecto agrega expresamente para los supuestos del art. 271 el requisito de que el funcionario exija o se haga pagar o entregar “con destino a la administración pública”. Esta frase viene a derribar cualquier clase de dudas respecto de que la única figura que queda contemplada en la norma es la de las exacciones ilegales, y que los casos en que el funcionario exige para sí (incluido cuando sin aclararlo lo que exige es una dádiva) se encuentran abarcados por el art. 261.

En lo que hace a la sanción conminada, se mantiene la prisión de uno (1) a cuatro (4) años contemplada actualmente, y se incorpora la multa de manera conjunta. En lo referido a la inhabilitación, se aumenta su escala de uno (1) a cinco (5) años a dos (2) a ocho (8) años, ya que al no hacerse mención expresa a la misma resulta aplicable nuevamente el art. 34, inc. 6 del Anteproyecto.

Teniendo en cuenta que las sanciones propuestas para la figura básica son más graves que las contempladas en la figura agravada del art. 267 CP vigente, y considerando pertinente que sea el juez quien las evalúe específicamente para determinar la sanción aplicable a cada caso, se estimó conducente eliminar las calificantes, conservándose solo aquella contemplada para los supuestos en que las exacciones obtenidas se conviertan en provecho propio o de un tercero. En este caso, el máximo de la escala se extiende a 10 años de prisión y se conmina, también con pena de multa, el accionar. En cuanto a la inhabilitación, por aplicación de las pautas establecidas en la Parte General, la escala resulta de cuatro (4) a 16 años.

### 3.10 | La utilización de informaciones o de datos reservados o de acceso privilegiado (art. 272)

1. Será reprimido con prisión de dos (2) a ocho (8) años y multa de treinta (30) a trescientos sesenta (360) días, el funcionario público que, con fines de lucro, utilizare para sí o para un tercero informaciones o datos de carácter reservado o no disponible para el público, de los que hubiere tomado conocimiento en razón de su cargo o función.
2. La misma pena se aplicará al tercero a quien se hubiere suministrado los datos o informaciones del inciso anterior, y los hubiere utilizado con fines de lucro.

Se decidió trasladar a este Capítulo la **utilización de informaciones o datos reservados** que actualmente se encuentra comprendida en el art. 268, junto con el enriquecimiento ilícito.

La Comisión redactora llegó rápidamente a este acuerdo por entender que la conducta sancionada guarda mayor relación con los tipos de abusos funcionales aquí contemplados —como las negociaciones y exacciones—, que con aquellas previstas en el capítulo siguiente, que queda reservado exclusivamente para las acciones directamente vinculadas con el incremento patrimonial no justificado.

Ahora bien, las incorporaciones efectuadas al tipo de utilización indebida de información en el nuevo art. 272 implican una mejora sustancial en la descripción de la conducta, permitiendo que queden abarcados por ella todos los funcionarios que se valgan del ejercicio de su función para obtener un lucro indebido, como también los terceros que pretendan utilizar a la Administración Pública aprovechándose de una posición privilegiada conseguida ilegalmente para lograr beneficios económicos.

Las modificaciones apuntaron, por un lado, a ampliar los objetos sobre los cuales puede recaer la acción; ya no resulta necesario que se trate de un dato o información de carácter reservado, sino que por el contrario ahora basta que los mismos tengan la calidad de privilegiados. De acuerdo a la definición de privilegio, la norma abarca ahora también cualquier información obtenida en virtud de la ventaja exclusiva o especial que goza alguien por concesión de un superior o por determinada circunstancia propia, esto es, en el caso, el ejercicio de la función pública.

Por otro lado, ya no se habla solo de aquello que el agente haya conocido con motivo de su cargo —es decir, que se trate de información a la que haya tenido acceso por su competencia funcional—, sino también de cualquier dato con la calidad descrita que conozca en razón de la función que cumple, más allá de que el acceso al mismo no se encuentre abarcado por su ámbito de actuación.

De esta forma, se da efectivo cumplimiento al punto a) del inc. 1 del art. XI de la Convención Interamericana contra la Corrupción que describe como acto de tal carácter: “El aprovechamiento indebido en beneficio propio o de un tercero, por parte de un funcionario público o una persona que

ejerce funciones públicas, de cualquier tipo de información reservada o privilegiada de la cual ha tenido conocimiento en razón o con ocasión de la función desempeñada”.

En lo referido a la pena, ya no se hace remisión al delito de cohecho aunque se prevé la misma escala penal para él contemplada y, además, como se viene haciendo en la mayoría de los tipos penales del Título, aquí también se incorpora a la figura la pena de multa en forma conjunta —aunque en una medida menor a la establecida para el cohecho a cuya pena remite el artículo actual—; por su parte, la inhabilitación resultará aplicable por un período entre cuatro (4) y 16 años, en virtud de lo dispuesto en el art. 36, inc. 4.

Para culminar, cabe resaltar que en la nueva redacción se propone ampliar también la punición a quienes intentan beneficiarse aprovechándose de la información privilegiada obtenida ilegalmente, por lo que se decide imponer la misma pena prevista para el funcionario al tercero al que se le hubieren suministrado los datos o informaciones y los hubiere utilizado con finalidad de lucro.

### 3.II | El incremento patrimonial no justificado (art. 273)

1. Será reprimido con prisión de dos (2) a seis (6) años y multa de treinta (30) a ciento ochenta (180) días, el funcionario público que, al ser debidamente requerido, no justifiere la procedencia de un incremento patrimonial apreciable, suyo o de persona interpuesta para disimularlo, ocurrido con posterioridad a la asunción de un cargo o empleo público y hasta dos años después de haber cesado en su desempeño.
2. La persona interpuesta para disimular el incremento patrimonial será reprimida con la misma pena que el autor del hecho.
3. Las personas jurídicas podrán ser sancionadas por su participación en este delito, en los términos del presente Código.
4. Será reprimido con multa de treinta (30) a cien (100) días e inhabilitación hasta dos (2) años, el funcionario que estando fehacientemente intimado omitiere presentar la declaración jurada a que estuviere obligado por ley.

5. Será penado con prisión de seis (6) meses a dos (2) años, el que falseare o a sabiendas omitiere los datos que las referidas declaraciones juradas deban contener de conformidad con las leyes y reglamentos aplicables.

Como puede observarse, no se han realizado grandes innovaciones en torno a la figura descripta. El accionar de la Comisión respecto del tipo penal se limitó a modificar el nombre de la misma, reemplazando la denominación "enriquecimiento ilícito" por la de "incremento patrimonial no justificado", lo que se adecua de mejor modo al delito descripto por el tipo penal. También se opta por suprimir el segundo párrafo del art. 268 (2) vigente que aclara que hay enriquecimiento no solo cuando el patrimonio se hubiere incrementado en dinero, cosas o bienes, sino también cuando se hubiesen cancelado deudas o extinguido obligaciones que lo afectaban. Ello, por considerarse evidente e innecesaria la explicación toda vez que el patrimonio abarca el activo y el pasivo, y si hay una disminución del pasivo es evidente que existió un aumento en el contenido patrimonial.

En lo que hace a la disposición que contempla la misma pena que el autor para el llamado "testaferro", si bien se consideró la posibilidad de suprimirla por entender que al tratarse de un cómplice primario la cuestión se resuelve tranquilamente por las reglas de la participación, decidió mantenerse la misma ante la eventual existencia de algún extraño supuesto en que se interprete que el aporte de quien obra como persona interpuesta para disimular el delito es de carácter secundario.

En relación con la sanción con que se reprime la conducta, cabe resaltar que se optó por conservar la pena de prisión prevista en la actualidad que va de los dos (2) a los seis (6) años, como también la multa conjunta, aunque ya no cuantificándola mediante su relación con el monto del enriquecimiento, sino estableciendo una escala fija de acuerdo a las pautas consagradas en la Parte General. La inhabilitación, por su parte, al no encontrarse prevista expresamente, será de cuatro (4) a 12 años de acuerdo a lo proyectado en el art. 34, inc. 6.

Para culminar con las modificaciones introducidas respecto de esta figura, creemos pertinente destacar el avance que significa para este tipo penal la incorporación de la posibilidad de sanción a las personas jurídicas, teniendo en cuenta la asiduidad con la que ellas participan de esta clase de delitos.

Ahora bien, más allá de la labor llevada adelante por la Comisión, nos parece interesante destacar ciertas problemáticas que aún se plantean en torno a la figura de análisis, como también una propuesta que oportunamente sugerimos<sup>(35)</sup> a los miembros de la Comisión con la finalidad de brindar solución a los mismos.

En este contexto, debe recordarse que el mayor debate en torno a este delito está vinculado a su estructura típica; así, mientras una postura sostiene que se trata de un tipo omisivo en el que el foco debe ponerse en la “no justificación” del incremento patrimonial,<sup>(36)</sup> otra afirma que estamos frente a un tipo activo consistente en “enriquecerse”,<sup>(37)</sup> donde todo lo referido a la omisión de justificación debe analizarse fuera de la tipicidad como condición objetiva de punibilidad, siendo esta última de las interpretaciones la que ha prevalecido en la jurisprudencia nacional.<sup>(38)</sup> En ese sentido se expresan también las convenciones de lucha contra la corrupción ratificadas por Argentina.<sup>(39)</sup>

.....

(35) Cabe mencionar que hemos brindado asistencia técnico-jurídica a los miembros de la Comisión de Reforma, Actualización e Integración del Código Penal, y desde ese lugar hemos efectuado diversas propuestas en el tratamiento de los diferentes aspectos tratados para la redacción del Anteproyecto, muchos de los cuales fueron recogidos favorablemente por los integrantes de la misma.

(36) SOLER, SEBASTIÁN, *op. cit.*, p. 266; CREUS, CARLOS, *op. cit.*

(37) FONTÁN BALESTRA, CARLOS, *op. cit.*, p. 366; D’ALESSIO, ANDRÉS, *op. cit.*, p. 1338.

(38) De acuerdo a ello, se sostiene que: “El delito de enriquecimiento ilícito previsto en el art. 268 (2) del Código Penal se configura con la acción de enriquecerse patrimonialmente de manera apreciable e injustificada durante el ejercicio de la función pública, debiendo tal ausencia de justificación interpretarse en el sentido de que no es aquella que proviene del funcionario cuando es requerido para que justifique ese enriquecimiento, sino que resulta de comprobar que ese aumento del patrimonio no se sustenta en los ingresos registrados del agente” (CFED. CAS. PENAL, Sala IV, “Alsogaray, María J.”, 09/06/2005). En igual sentido, CNAC. CRIM. Y CORRECC. FED., Sala II, “Coletti, Ricardo E.”, 04/05/2004; CNAC. AP. CRIM. Y CORRECC., Sala I, “Llanos, Sergio C.”, 31/07/2000; Sala IV, “Guglielminetti, Raúl A.”, 04/10/1999; CFED. CAS. PENAL, Sala I, “Pico, José M. y otra”, 08/05/2000.

(39) La Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción establece en su art. 20: “Enriquecimiento ilícito. Con sujeción a su constitución y a los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, cada Estado Parte considerará la posibilidad de adoptar las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometa intencionalmente, el enriquecimiento ilícito, es decir, el incremento significativo del patrimonio de un funcionario público respecto de sus ingresos legítimos que no pueda ser razonablemente justificado por él”; mientras la Convención Interamericana, en el primer párrafo de su artículo IX, dispone que los Estados Partes que aún no lo hayan hecho adoptarán las medidas necesarias para tipificar en su legislación como delito: “el incremento del patrimonio de un funcionario público con significativo exceso respecto de sus ingresos legítimos durante el ejercicio de sus funciones y que no pueda ser razonablemente justificado por él”.

Otra cuestión que genera debate es quién es la autoridad competente para efectuar el requerimiento de justificación: si necesariamente debe ser el juez<sup>(40)</sup> o fiscal,<sup>(41)</sup> o puede hacerlo un organismo administrativo.<sup>(42)</sup> Asimismo, no queda del todo claro qué debe entenderse por **apreciable** como característica del enriquecimiento, aunque la doctrina —a partir de que la Convención Interamericana contra la Corrupción habla de “significativo exceso respecto de los ingresos legítimos del funcionario durante el ejercicio de sus funciones”— sostiene que debe ser interpretado como el que no responde a la situación económica del agente en el momento de asumir el cargo, y no esté de acuerdo posteriormente con su evolución financiera posterior.<sup>(43)</sup>

Teniendo en cuenta lo expuesto, con el objetivo de culminar con los debates reinantes en torno a la figura y con todos los planteos de índole constitucional que se le hacen al delito como la vulneración al principio de inocencia por la inversión de la carga de la prueba, violación a la autoincriminación y al principio de legalidad por indeterminación de la conducta, D’Alessio propuso que se considere la posibilidad de una nueva redacción que convierta definitivamente al tipo en una figura activa.<sup>(44)</sup>

.....

(40) Así se entendió en los fallos: CNAC. CRIM. Y CORRECC. FED. LA PLATA, Sala II, “Nicora”, 07/05/1997; CNAC. APEL. CRIM. Y CORRECC., Sala A, “Pico”, 15/01/1998; CNAC. APEL. CRIM. Y CORRECC., Sala IV, “Guglielminetti, Raúl A.”, 04/10/1999; y CNAC. APEL. CRIM. Y CORRECC., Sala I, “Llanos, Sergio C.”, 31/07/2000.

(41) Lo cual fue afirmado en los fallos: CNAC. APEL. CRIM. Y CORRECC., Sala I, “Argüello, Jorge M.”, 04/11/2002, y “Bobbioni, Jorge H.”, 19/08/2003; CFED. CAS. PENAL, Sala IV, “Alsogaray, M. J.”, 09/06/2005, mientras que en el caso CCRIMEN 7A NOM., “Angeloz, Carlos y otros”, 20/10/1998, se permitió que el Fiscal de Estado sea quien lleve adelante el acto.

(42) En CNAC. APEL. CRIM. Y CORRECC., “Gostanian”, 10/06/2003 se afirmó que la Oficina Anticorrupción del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos se encontraba facultada para realizar el acto respecto de los funcionarios del Poder Ejecutivo Nacional. Por su parte, en TRIB. CASAC. PENAL, Sala 1, “R. H. R.”, 29/04/2008, se sostuvo que el requerimiento debía ser formulado por un órgano especializado del Poder Ejecutivo.

(43) D’ALESSIO, ANDRÉS, *op. cit.*, p. 1337.

(44) D’ALESSIO, ANDRÉS, Informe cit., donde en ese afán sostuvo que la redacción del tipo no debía fundamentarse en la obligación del funcionario de desvirtuar la sospecha de que se ha enriquecido a partir de algún delito contra la Administración Pública, sino en el hecho positivo de incrementar su patrimonio de un modo que no resulte acorde a las posibilidades que le otorgan sus ingresos legítimos. Y continuaba afirmando que no parece desmedido o inadecuado, en el marco de una sociedad que busque convivir y organizarse a partir de ideales republicanos, prohibir a quienes ejercen cargos públicos el hecho de enriquecerse de modo inexplicable. Ese hecho, por sí solo y prescindiendo de que el funcionario no lo justifique, contiene suficiente nivel de disvalor como para resultar incluido en un tipo penal, aunque el bien jurídico, claro está, siga siendo la probidad en el ejercicio de la función pública.

De esta manera, propuso incorporar al Código Penal como artículo que reprima el enriquecimiento el siguiente: “el que incremente su patrimonio con significativo exceso respecto a sus ingresos legítimos con posterioridad a la asunción de un cargo público y hasta dos años después de haber cesado en su desempeño”.

En dicha oportunidad, dejó en claro que tal figura adquiriría un carácter residual frente a cualquiera de los otros tipos penales que describen delitos concretos contra la Administración Pública, y se fundamentaría ya no en una presunción de que el enriquecimiento proviene a partir de alguna de aquellas conductas, sino en la prohibición que puede imponerse a quienes ejercen la función pública de enriquecerse de un modo no compatible con sus ingresos legítimos.

Retomando el análisis del tipo penal de enriquecimiento ilícito proyectado en el Anteproyecto, en los últimos dos incisos del artículo analizado se contemplan los delitos de **omisión en la presentación de declaraciones juradas** y el de **falseo u omisión de sus datos**. En lo que refiere a la primera de las conductas se estructura de una mejor manera su redacción, permitiendo abarcar idénticos supuestos a los actuales mediante una expresión simplificada de la misma.

Cabe señalar al respecto que esta obligación de presentación surge de la Ley 25.188 de Ética en el Ejercicio de la Función Pública, la que regula de modo preciso el régimen de declaraciones juradas que están obligados a cumplir los funcionarios públicos. Entendemos que la razón por la que se elimina el segundo párrafo del actual art. 268 (3) CP es porque se considera innecesaria su previsión, máxime si se tiene en cuenta que todo lo vinculado con el régimen de presentación se encuentra expresa y específicamente regulado en los arts. 7° a 9° de la normativa mencionada.<sup>(45)</sup>

---

(45) ARTÍCULO 7°.- Las declaraciones juradas quedarán depositadas en los respectivos organismos que deberán remitir, dentro de los treinta días, copia autenticada a la Comisión Nacional de Ética Pública. La falta de remisión dentro del plazo establecido, sin causa justificada, será considerada falta grave del funcionario responsable del área. ARTÍCULO 8°.- Las personas que no hayan presentado sus declaraciones juradas en el plazo correspondiente, serán intimadas en forma fehaciente por la autoridad responsable de la recepción, para que lo hagan en el plazo de quince días. El incumplimiento de dicha intimación será considerado falta grave y dará lugar a la sanción disciplinaria respectiva, sin perjuicio de las otras sanciones que pudieran corresponder. ARTÍCULO 9°.- Las personas que no hayan presentado su declaración jurada al



Además, la Comisión decidió suprimir el requisito de que la omisión se lleve adelante de forma “maliciosa”. Ello, teniendo en cuenta que en no pocas ocasiones se entendió que, mediante ese término, el tipo exigía un elemento distinto del dolo consistente en la intención de inducir a error sobre la situación patrimonial que debe reflejar la declaración.<sup>(46)</sup> Se procedió en el sentido descripto entonces con el objetivo de evitar que se termine, así, exigiendo prácticamente el incremento patrimonial no justificado del funcionario para demostrar que tiene algo que ocultar, y que fue eso lo que determinó su omisión en la presentación.

La supresión se efectuó también respecto de la figura del inc. 5 del artículo, siendo suplantada en esta disposición por la fórmula “a sabiendas” en el afán de dejar en claro la exigencia de dolo en el aspecto subjetivo del tipo respecto de la omisión.

Esa sustitución fue la única modificación efectuada al delito de inserción de datos falsos y omisión de insertar datos en la declaración jurada patrimonial integral, actualmente previsto en el art. 268 (3), tercer párrafo, CP.

En lo que hace a la punibilidad, considerando que presentar una declaración omitiendo datos o insertando datos falsos contiene un grado de injusto mayor —ya que representa un intento de engaño por parte del funcionario—, que la simple omisión en su presentación; se conserva la pena de prisión a su respecto, manteniéndose el máximo en dos (2) años y elevando el mínimo a seis (6) meses —por aplicación del límite de duración previsto respecto de la especie en el art. 21, inc. 1—, resultando también posible inhabilitar al agente por un plazo de uno (1) a cuatro (4) años por lo dispuesto en el art. 34, inc. 6. Respecto de la simple omisión de presentación, se prevé pena de multa e inhabilitación conjunta hasta dos años.

.....

egresar de la función pública en el plazo correspondiente, serán intimadas en forma fehaciente para que lo hagan en el plazo de quince días. Si el intimado no cumpliera con la presentación de la declaración, no podrá ejercer nuevamente la función pública, sin perjuicio de las otras sanciones que pudieren corresponder.

(46) D’ALESSIO, ANDRÉS, *op. cit.*, p. 1346, que hace referencia a lo sostenido en los fallos CNAC. APEL. CRIM. Y CORRECC., Sala I, “Tonietto”, 17/07/2001; Sala II, “Menem”, 19/12/2003; y “Chescotta”, 30/12/2003.



# El principio de legalidad en el régimen penal cambiario

## Necesidad de su reforma

por **PATRICIA GUZMÁN**<sup>(1)</sup>

### I | Introducción

El principio de legalidad penal está previsto en la Convención Americana de Derechos Humanos,<sup>(2)</sup> y se encuentra reconocido, asimismo, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos<sup>(3)</sup> y en la Declaración Universal de Derechos Humanos.<sup>(4)</sup> Estas normas, a su vez, tienen jerarquía constitucional según el art. 75, inc. 22 CN, aun cuando dicho principio ya estaba contenido en los arts. 18 y 19 de nuestra Carta Magna.

.....

(1) Abogada. Asesora de la Dirección Nacional de Política Criminal en materia de Justicia y Legislación Penal, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

(2) ARTÍCULO 9°.- Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello, [en línea] <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=biblioteca/pdf/0001>

(3) ARTÍCULO 15.1.- Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello, [en línea] <http://www.senado.gov.ar/bundles/senadoparlamentario/pdf/70/pacto-internac-der-ciiviles-pol.pdf>

(4) ARTÍCULO 11.2.- Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueron delictivos según el Derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá

Al respecto Zaffaroni expresa que:

... el principio de legalidad, dentro de nuestro sistema jurídico positivo, se halla consagrado en el art. 18 constitucional, en la parte que dice: "Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso...". Tiene su correlativo en el principio de reserva legal, que dice: "Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe" (art. 19 última parte). Esta formulación del principio de reserva requiere, además, que el sujeto pueda haber conocido lo prohibido, puesto que el único sentido de la ley previa es la posibilidad del conocimiento de la prohibición, que de otro modo no existiría.<sup>(5)</sup>

De la normativa mencionada surge que este principio requiere que el hecho prohibido y la sanción aplicable sean definidos por el Poder Legislativo a través de una ley, y que esta ley debe ser escrita, previa al hecho, cierta, y que el juez, al interpretar la ley penal, no eche mano a la analogía para extender el campo de aplicación del hecho o de la sanción aplicable. Este principio es una de las características del Estado de derecho, negado por los regímenes totalitarios.

Para explicar sus fundamentos, Roxin manifiesta que el principio de legalidad comprende la "idea de la protección de la confianza, de la previsibilidad y de la calculabilidad del Derecho penal, o la evitación de decisiones en el caso concreto empañadas emocionalmente"; y agrega que se procura la "protección de la libertad individual frente a la arbitrariedad judicial como misión de la prohibición de analogía o de indeterminación".<sup>(6)</sup>

Bacigalupo sostiene que este principio tiene como objetivo "garantizar objetividad", y que "el comportamiento punible y la medida de la pena no se deben determinar bajo la impresión de hechos ya ocurridos, pero

.....  
pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito, [en línea] <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=biblioteca/pdf/0013>

(5) ZAFFARONI, E. RAÚL, *Tratado de Derecho Penal*, t. I, Bs. As., Ediar, 1998.

(6) ROXIN, CLAUDIUS, *Derecho Penal. Parte General*, t. I, Madrid, Civitas, 1997.

todavía no juzgados —ni ser un medio contra autores ya conocidos— sino previamente y de una manera válida en general, o sea mediante una determinada ley dictada con anterioridad al hecho”.<sup>(7)</sup>

Ahora bien, dentro del régimen penal cambiario encontramos violaciones al principio de legalidad, en especial a través de la omisión de la aplicación de los principios del derecho penal común a la materia cambiaria, entre ellos, la inaplicabilidad del principio de retroactividad de la ley penal más benigna y la existencia de tipos penales en blanco.

A continuación se procederá a efectuar una descripción de los tipos penales contenidos en el régimen penal cambiario para, luego, detenernos en el análisis sobre la omisión en la aplicación de los principios del derecho penal común a la materia cambiaria, haciendo hincapié en la inaplicabilidad del principio de retroactividad de la ley penal más benigna y en la existencia, en su articulado, de tipos penales en blanco, institutos que originan fuertes discrepancias entre los autores.

Posteriormente, se comentarán las normas sobre materia penal cambiaria incluidas en el Anteproyecto de Reforma del Código Penal, realizado por la Comisión para la Elaboración del Proyecto de Ley de Reforma, Actualización e Integración del Código Penal de la Nación (decreto 678/2012).

## 2 | Bien jurídico protegido

El actual régimen penal cambiario está regulado por la ley 19.359, con las modificaciones introducidas por las leyes 22.338, 23.928 y 24.144, ordenado por el decreto 480/1995.

La noción de bien jurídico protegido ofrece dudas y —sobre todo— confusión, ya que existe cierta controversia a propósito de su contenido. Autores como Ventura González consideran, por ejemplo, que el bien jurídico protegido es “el valor de la moneda nacional y la seriedad de las transacciones internacionales”.<sup>(8)</sup>

(7) BACIGALUPO, ENRIQUE, *Principios constitucionales de derecho penal*, Bs. As., Hammurabi, 1999.

(8) GONZÁLEZ, VENTURA, *Nociones generales sobre Derecho Penal Económico*, Mendoza, Ediciones Jurídicas Cuyo, 1998, p. 175.

Por su parte, Balcarce entiende que

... en orden al bien jurídico protegido, las disposiciones del régimen penal cambiario tiene como tal, al igual que el derecho penal económico, en forma genérica, el orden económico, protegiendo a su través los fines y políticas económicas del Estado, y de manera más específica, la tipificación y sanción de conductas previstas en él, tiende a proteger el valor de nuestra moneda y a asegurar la seriedad de las transacciones internacionales.<sup>(9)</sup>

A criterio de Sueiro, se trata “[d]el Valor de la Moneda Nacional, conllevando ello la conservación y protección de la economía nacional, mediante el amparo de la política monetaria y cambiaria”,<sup>(10)</sup> ya que la principal función del BCRA, como órgano de control de todas las operaciones cambiarias, es la de llevar adelante la política monetaria y cambiaria, promoviendo la liquidez, el buen funcionamiento del crédito y la conservación del valor de la moneda. Por último, para autores como Gercovich, se trata del “control de cambios”.<sup>(11)</sup>

La CSJN, en el fallo “Argenflora”, ha sostenido que “el régimen (...) tiene por objeto proteger la moneda y regular las importaciones de modo que su infracción causa un daño ‘consistente en la perturbación u obstaculización de la política económica y financiera del Estado’”.<sup>(12)</sup>

Recorriendo las distintas definiciones, podemos concluir que “existe consenso en señalar que el régimen penal cambiario tiende a proteger el valor de la moneda y la economía nacional”.<sup>(13)</sup>

---

(9) BALCARCE, FABIÁN, *Derecho Penal Económico, Parte Especial, Régimen penal cambiario*. Ley 19.359, t. 3, Córdoba, Mediterránea, 2006.

(10) SUEIRO, CARLOS C., “Un claro exponente del Panpenalismo y sus discursos del Derecho Penal de Segunda Velocidad, Derecho Penal de Emergencia y la Administrativización del Derecho Penal”, [en línea] <http://www.terragnijurista.com.ar/doctrina/regimen.htm>

(11) GERCOVICH, CARLOS, *Derecho Económico Cambiario y Penal*, Bs. As., AbeledoPerrot, 2006.

(12) CSJN, “Argenflora Sociedad en Comandita por Acciones-Argenflora Sociedad de Hecho s/ infr. ley 19.359”, 06/05/1997, [en línea] <http://servicios.csjn.gov.ar/confal/Consulta-CompletaFallos.do?method=verDocumentos&id=384575>

(13) SUEIRO, CARLOS C., “Un claro...”, *op. cit.*

En ese sentido, el art. 75, inc. 11 CN establece que es atribución del Congreso de la Nación fijar el valor de la moneda nacional y el de las extranjeras, manifestándose de esta manera como un bien jurídico susceptible de tutela penal.<sup>(14)</sup>

### 3 | Los tipos penales actuales

La ley 19.359 (t.o. decreto 480/1995) establece en su art. 1° que serán reprimidas las siguientes conductas:

**Inc. a): Toda negociación de cambio que se realice sin intervención de institución autorizada para efectuar dichas operaciones**

De conformidad con el presente inciso, se podrá realizar una transacción, ya sea en forma de billete o divisa (cheques, giros, transferencias u otras), pero siempre con la intervención de una entidad autorizada.

Riva aclara que no se considera negociación de cambio “al simple cumplimiento de una obligación en moneda extranjera que no responda a un contrato de cambio. Así por ejemplo, no resultará negociación de cambio el pago en dólares estadounidenses del precio de una compraventa inmobiliaria”.<sup>(15)</sup> Por lo tanto, esta conducta quedará configurada al realizarse una operación de cambio sin intervención de la entidad o institución autorizada para realizarla.

**Inc. b): Operar en cambios sin estar autorizado a tal efecto**

Todas las operaciones de compraventa de billetes o moneda extranjera, oro en barra o moneda, divisas extranjeras y otras operaciones similares en divisas extranjeras, deberán efectuarse a través de organismos autorizados al efecto (casas de cambio o bancos, entre otros). Con lo cual, el que efectúa operaciones de cambio sin tener autorización por parte del BCRA incurrirá en este tipo penal. Gran parte de la doctrina sostiene que no debe tratarse de una operación aislada, sino que para que se configure el delito es necesario que exista habitualidad en las mismas. En ese sentido, Riva

(14) “Hacer sellar moneda, fijar su valor y el de las extranjeras; y adoptar un sistema uniforme de pesos y medidas para toda la Nación” (art. 75, inc. 11 CN).

(15) ÁLVAREZ AGUDO, GRACIELA y RIVA, JORGE L., *Régimen penal de cambios en la operatoria cambiaria y de comercio exterior*, Bs. As., Ad-Hoc, 2013.

sostiene que “encuadra en este tipo quien intermedia en forma habitual entre la demanda y oferta de moneda extranjera careciendo de la autorización otorgada por el BCRA para efectuar estas operaciones, como por ejemplo, los conocidos bajo el apodo de ‘arbolitos’”.<sup>(16)</sup>

**Inc. c): Toda falsa declaración relacionada con las operaciones de cambio**

Toda persona, luego de efectuar una operación de cambio, deberá realizar una declaración jurada sobre la misma. Por lo tanto, quien presente una falsa declaración de dicha operación, impidiendo o dificultando el control por parte del BCRA, incurrirá en la conducta tipificada en la norma analizada. Así, el tipo penal se refiere a la “emisión falsa de declaraciones tales como pago de importación, cancelación de capital o intereses de préstamos, pago de dividendos o regalías, liquidación de exportaciones, etc. (...) mediante una falsa refrendación bancaria, indicar un código de destino de la operación de cambio distinto al que realmente habrá de aplicarse, etc.”.<sup>(17)</sup>

**Inc. d): La omisión de rectificar las declaraciones producidas y de efectuar los reajustes correspondientes si las operaciones reales resultaren distintas de las denunciadas**

Quien efectúa una operación de cambio debe efectuar todas las rectificaciones y reajustes necesarios correspondientes a las declaraciones de las operaciones que realmente realizó, en caso de que estas hayan sufrido modificaciones en su transcurso. Se trata, pues, de un tipo penal omisivo: la conducta quedará configurada con la omisión de la rectificación de las declaraciones de operaciones de cambio producidas.

**Inc. e): Toda operación de cambio que no se realice por la cantidad; moneda o al tipo de cotización, en los plazos y demás condiciones establecidos por las normas en vigor**

Este tipo penal reúne diferentes supuestos tales como “efectuar operaciones de cambio, que no se realicen por la cantidad, por la divisa o moneda o la cotización prevista, por ej.: el liquidar por un mercado cuando se debía hacerlo por otro, aquel que efectúa una operación de cambio por una cotización distinta a la de mercado”.<sup>(18)</sup>

.....

(16) ÁLVAREZ AGUDO, GRACIELA y RIVA, JORGE L., *Régimen penal...*, op. cit.

(17) SUEIRO, CARLOS C., “Un claro...”, op. cit.

(18) ÁLVAREZ AGUDO, GRACIELA y RIVA, JORGE L., *Régimen penal...*, op. cit.



**Inc. f): Todo acto u omisión que infrinja las normas sobre el régimen de cambios**

Por último, en este inciso no se describe una conducta penal prohibida, sino un caso de ley penal en blanco, cuestión que será analizada en los próximos párrafos.

Continuando con el análisis de la normativa contenida en el régimen penal cambiario, el art. 2º determina las sanciones con que se reprimen las conductas incluidas en el art. 1º de la norma.<sup>(19)</sup>

Para la comisión de la primera conducta descrita, la pena es una multa de hasta 10 veces el monto de la operación en infracción.

En los casos de producirse una primera reincidencia, la sanción es de 1 a 4 años de prisión o una multa de 3 a 10 veces el monto de la operación en infracción.

Para la segunda reincidencia, la pena es de prisión de 1 a 8 años conjuntamente con el máximo de multa, que consiste en 10 veces el monto de la operación.

.....

(19) ARTÍCULO 2º.- Las infracciones previstas en el artículo anterior serán sancionadas con:

- a) Multa de hasta diez (10) veces el monto de la operación en infracción, la primera vez;
- b) Prisión de uno (1) a cuatro (4) años en el caso de primera reincidencia o una multa de tres (3) a diez (10) veces el monto de la operación en infracción;
- c) Prisión de uno (1) a ocho (8) años en el caso de segunda reincidencia y el máximo de la multa fijada en los incisos anteriores;
- d) Si la multa impuesta en el caso del inciso a) no hubiese sido superior a tres (3) veces el monto de la operación en infracción, la pena privativa de libertad a que se refiere el inciso b), será de un (1) mes a cuatro (4) años;
- e) En todos los supuestos anteriores podrá aplicarse conjuntamente, suspensión hasta diez (10) años o cancelación de la autorización para operar o intermediar en cambios e inhabilitación hasta diez (10) años para actuar como importador, exportador, corredor de cambio o en instituciones autorizadas para operar en cambios;
- f) Cuando el hecho hubiese sido ejecutado por los directores, representantes legales, mandatarios, gerentes, síndicos o miembros del consejo de vigilancia de una persona de existencia ideal, con los medios o recursos facilitados por la misma u obtenidos de ella con tal fin, de manera que el hecho resulte cumplido en nombre, con la ayuda o en beneficio de la misma, la persona de existencia ideal también será sancionada de conformidad con las disposiciones de los incisos a) y e).

La multa se hará efectiva solidariamente sobre el patrimonio de la persona ideal y sobre los patrimonios particulares de los directores, representantes legales, mandatarios, gerentes, síndicos o miembros del consejo de vigilancia que hubiesen intervenido en la comisión del hecho punible;

## 4 | Aplicación de los principios generales del derecho penal a la materia cambiaria

Como ya se ha expresado anteriormente, el régimen penal cambiario viola el principio de legalidad mediante la omisión de la aplicación de los principios del derecho penal común a la materia, entre ellos, la inaplicabilidad del principio de retroactividad de la ley penal más benigna y la existencia en su articulado de tipos penales en blanco.

Los principales argumentos en los que suelen basarse los defensores de esta línea de pensamiento para justificar este apartamiento giran en torno a que una aplicación plena de estos últimos impediría, en la práctica, fijar sanciones a quienes transgredan el régimen de cambios.

En ese sentido, en la Exposición de motivos de la ley 19.359, se señala que el apartamiento de los principios del derecho penal común tiene su fundamentación en “la gravedad y trascendencia económico social que los delitos cambiarios importan para los intereses públicos y la magnitud de los perjuicios que de ellos se derivan”.<sup>(20)</sup> Spolansky, por su parte, hace hincapié en que “los abusos en ocasiones se cometen invocando y fabricando autonomías para poder convalidar trasgresiones a principios cuya aplicación se pretende soslayar”.<sup>(21)</sup> Pero no se encuentran, en principio, motivos valederos para apartar a la materia penal cambiaria de las garantías generales que la Constitución Nacional, los tratados internacionales con jerarquía constitucional, y las leyes inferiores prevén a favor de los acusados.

- g) En el caso de falsa declaración, si el infractor rectificase la misma en forma espontánea dentro del término de quince (15) días de cometida la infracción, se fijará la multa en un cuarto (1/4) de la que hubiese correspondido de no mediar dicha rectificación y no se tendrá en cuenta esa penalidad a los efectos de la reincidencia prevista por esta Ley.

(20) BONZÓN, JUAN C., “El dolo requerido para configurar las infracciones cambiarias”, en LL 1990-C-1115.

(21) SPOLANSKY, NORBERTO, “Culpabilidad. La responsabilidad solidaria de las sociedades anónimas y de sus directivos en el Régimen Penal Cambiario (El caso del Banco Santander)”, en LL 1978-D.

A continuación, se abordará el tema del principio de legalidad en el régimen penal cambiario a través del análisis de los institutos que más ofrecen discrepancias, tanto jurisprudencial como doctrinariamente: el del tipo penal en blanco y el de la aplicación de la ley penal más benigna.

## 4.1 | Tipo penal en blanco

El art. 1° de la ley 19.359 establece que “serán reprimidas con las sanciones que se establecen en la presente ley: (...) f) todo acto u omisión que infrinja las normas sobre el régimen de cambios”.

Se trata, básicamente, de un claro supuesto de ley penal en blanco ya que la conducta que configura el tipo penal es fijada por una entidad autárquica —en el caso, por circulares del BCRA—, y no por una ley anterior al hecho del proceso, tal como exige el art. 18 de nuestra Ley fundamental.

De esta manera, la normativa se aparta de los principios que rigen el derecho penal común al tratarse de supuestos en los que el Poder Legislativo ha delegado en el Poder Ejecutivo, fuera de sus facultades y en forma inconstitucional, la potestad de configurar, por entero y sin limitación alguna, tipos penales.

A lo largo de los años, esto ha llevado a diversas interpretaciones judiciales y doctrinarias sobre el alcance de la norma; y sobre ella ha tenido oportunidad de expedirse nuestra más afamada doctrina penalista.

Sobre el concepto de ley penal en blanco, Zaffaroni se manifiesta en el sentido de que:

... las leyes penales en blanco no son tipos incompletos, en el sentido de tipos abiertos, ni afectan al principio de reserva en cuanto que siempre hay una ley anterior, pero esto será siempre y cuando la ley penal no implique una delegación de poderes, porque entonces no habrá una ley anterior en el sentido formal ya que los reglamentos inconstitucionales emanados del P. E. no son ley. (...) Así el P. E. no puede crear infracciones penales y si una ley penal remite a tales infracciones es absolutamente inconstitucional...<sup>(22)</sup>

.....

(22) ZAFFARONI, E. RAÚL, *op. cit.*

Soler, por su parte, expresa que: “Llámase así a aquellas disposiciones penales cuyo precepto es incompleto y variable en cuanto a su contenido y en las que solamente queda fijada con exactitud invariable la sanción”, y agrega que el precepto debe ser “llenado por otra disposición legal, o por decretos o reglamentos a los cuales queda remitida la ley penal”,<sup>(23)</sup> debiendo estas normas fijar el alcance de la conducta sancionada, por lo que los comportamientos tipificados por la ley 19.359 deberán integrarse necesariamente con las normas reglamentarias.

Mientras se desempeñó como Procurador General de la Nación, el propio Soler dijo, en el caso “Mouviel”,<sup>(24)</sup> que:

El sistema constitucional argentino se afirma en el principio de la división de poderes. De acuerdo con este principio, el Poder Legislativo dicta las leyes; el Poder Ejecutivo las ejecuta y hace cumplir; el Poder Judicial las interpreta y aplica cuando se suscitan controversias.

Nuestra Carta Fundamental (...) previó la necesidad de que la rama ejecutiva colaborara con el Congreso para la mejor ejecución de las leyes, estableciendo en su art. 86, inc. 2, que el Presidente de la Nación “expide las instrucciones y reglamentos que sean necesarios para la ejecución de las leyes de la Nación” (...). Sin embargo, la existencia de esta atribución reglamentaria no debe inducir a la errónea creencia de que en algún modo el Poder Ejecutivo tiene facultades concurrentes con las que son propias del Poder Legislativo (...) pues el uso concurrente o común de ellas haría necesariamente desaparecer la línea de separación entre los tres altos poderes políticos, y destruiría la base de nuestra forma de gobierno.

Existe una distinción fundamental entre la delegación de poder para hacer la ley y la de conferir cierta autoridad al Poder Ejecutivo o a un cuerpo administrativo a fin de reglar los pormenores y detalles necesarios para la ejecución de aquélla. Lo primero no puede hacerse... [y si bien] es así, preciso será reconocer que

(23) SOLER, SEBASTIÁN, “Ley penal en blanco”, en *Derecho Penal Argentino*, t. I, TEA, 1973.

(24) CSJN, “Mouviel, Raúl Oscar, y otros”, 17/05/1957, dictamen del Procurador General de la Nación, [en línea] <http://www.planetaius.com.ar/fallos/jurisprudencia-m/caso-MOUVIEL.htm>

el Congreso podría autorizar al Poder Ejecutivo, no digo ya al jefe de Policía, a dictar también un Cód. Penal, sin otra cortapisa que la fijación del máximo de las penas aplicables; y que, en tal caso, dada la existencia de una autorización legal, el Presidente no usurparía atribuciones legislativas sino que procedería en ejercicio del poder reglamentario (...) Está de por medio el significado que tiene en nuestra Constitución la garantía de que nadie puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso...

De ahí nace la necesidad de que haya una ley que mande o prohíba una cosa, para que una persona pueda incurrir en falta por haber obrado u omitido obrar en determinado sentido. Y es necesario que haya, al mismo tiempo, una sanción legal que reprima la contravención para que esa persona deba ser condenada por tal hecho (art. 18) [y que] estos dos principios fundamentales y correlativos en el orden penal, imponen la necesidad de que sea el Poder Legislativo quien establezca las condiciones en que una falta se produce y la sanción que le corresponde, ya que el Poder Ejecutivo solamente puede reglamentar la ley, proveyendo a su ejecución, pero cuidando siempre de no alterar su sentido (art. 86, inc. 2).

En este caso, la CSJN, haciendo suyas las consideraciones del Procurador, decidió por unanimidad hacer lugar al recurso extraordinario y revocar la sentencia condenatoria teniendo en cuenta que el art. 18 CN dispone que "ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso". Asimismo, el art. 19 establece que nadie está "obligado a hacer lo que la ley no manda ni privado de lo que ella no prohíbe". Teniendo en cuenta estas dos normas constitucionales podemos decir que rige el principio que solo al Poder Legislativo le corresponde establecer, a través de las leyes, los presupuestos necesarios para que se configure una falta y las sanciones correspondientes.<sup>(25)</sup>

(25) Ver CSJN, "Mouviel...", fallo cit.: "Esta Corte ha establecido también en causas que versaban sobre materias análogas, que 'es una de las más preciosas garantías consagradas por la Constitución la de que ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso' (Fallos, t. 136, p. 200); que 'toda nuestra organización política y civil reposa en la ley. Los derechos y obligaciones de los habitantes así como las penas de cualquier clase que sean, solo existen en virtud de sanciones legislativas y el Poder Ejecutivo no puede crearlas ni el Poder Judicial aplicarlas si falta la ley que las esta-

## 4.2 | Ley penal más benigna

El art. 20 de la normativa penal cambiaría es claramente inconstitucional. Enuncia que:

... serán aplicables las disposiciones del Libro Primero del Código Penal, salvo cuando resulten incompatibles con lo establecido en la presente ley. En especial y expresamente, no serán de aplicación las siguientes disposiciones del Código Penal: a) El art. 2º, cuando se trate de la imposición de la pena de multa en todos los supuestos del art. 2º de la presente ley.<sup>(26)</sup>

De esta manera, la ley está desconociendo el carácter constitucional del “principio de la retroactividad de la ley penal más benigna”.

Este principio, reconocido por el art. 2º CP,<sup>(27)</sup> tiene jerarquía constitucional al ser incluido en nuestra Carta Fundamental —en 1994—, la Con-

blezca’ (Fallos, t. 178, p. 355); y que ‘la configuración de un delito, por leve que sea, así como su represión, es materia que hace a la esencia del Poder Legislativo y escapa de la órbita de las facultades ejecutivas. Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda ni privado de lo que ella no prohíbe (art. 19, Constitución). De ahí nace la necesidad de que haya una ley que mande o prohíba una cosa, para que una persona pueda incurrir en falta por haber obrado u omitido obrar en determinado sentido. Y es necesario que haya, al mismo tiempo, una sanción legal que reprima la contravención para que esa persona deba ser condenada por tal hecho (art. 18). Estos dos principios fundamentales y correlativos en el orden penal, imponen la necesidad de que sea el Poder Legislativo quien establezca las condiciones en que una falta se produce y la sanción que le corresponde, ya que el Poder Ejecutivo solamente puede reglamentar la ley, proveyendo a su ejecución, pero cuidando siempre de no alterar su sentido (art. 86, inc. 2º)’ (Fallos, t. 191, p. 245)”.

(26) ARTÍCULO 20.- Serán aplicables las disposiciones del Libro Primero del Código Penal, salvo cuando resulten incompatibles con lo establecido en la presente ley. En especial y expresamente, no serán de aplicación las siguientes disposiciones del Código Penal:

- a) El artículo 2, cuando se trate de la imposición de la pena de multa en todos los supuestos del artículo 2 de la presente ley;
- b) El artículo 14, cuando se trate de la primera reincidencia prevista en el inciso b) del artículo 2 de la presente ley.

Cuando se trate de la segunda reincidencia, prevista en el inciso c) del artículo 2 de esta ley, el artículo 14 del Código Penal no se aplicará solo si la primera reincidencia fue penada con multa.

- c) El artículo 51, primer párrafo.

(27) ARTÍCULO 2º.- Si la ley vigente al tiempo de cometerse el delito fuere distinta de la que exista al pronunciarse el fallo o en el tiempo intermedio, se aplicará siempre la más benigna, [en línea] <http://www.infojus.gob.ar/11179-nacional-codigo-penal-Ins0002677-1984-12-21/123456789-0abc-defg-g77-62000scanyel>

vención Americana de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Esto significa que a partir del momento del hecho delictivo hasta que la pena se encuentre agotada, y en caso de producirse una sucesión de leyes durante ese lapso, siempre deberá aplicarse la que resulte más favorable al condenado. La ley vigente al momento del hecho, la intermedia o la última existente hasta el cumplimiento total de la pena, cualesquiera de ellas, debe ser aplicada si resulta más benigna, ya sea porque la conducta dejó de ser delito o la pena sea más leve. Cuando la nueva ley es más grave, el caso se debe seguir rigiendo por la ley anterior ahora derogada, lo cual se conoce con el nombre de “ultraactividad de la ley más benigna”.

Explica Zaffaroni que:

... la ley más benigna debe aplicarse retroactivamente, porque implica que para proveer a la seguridad jurídica no es ya necesaria la mayor afectación de bienes jurídicos que preveía la ley más gravosa. No es justo que se aplique la ley más severa, cuando es el propio legislador quien reconoce la innecesariedad de la punición que había dictado, decretando otra menos severa. Al desincriminarse una acción o al conminársela menos severamente, la prevención penal ya resulta innecesaria o necesaria solo en menor medida, porque ya no se pretende prevenir penalmente esa conducta o no se la pretende prevenir con el mismo interés e intensidad que antes...

Asimismo, expresa que: “Por otra parte, el principio republicano exige la racionalidad de la acción del Estado, y esta queda muy afectada cuando por la mera circunstancia de que un individuo haya cometido el mismo hecho con anterioridad a otro —y sin ninguna otra causa— se trata más rigurosamente al primero que al segundo”.<sup>(28)</sup>

Por su parte, Roxin manifiesta que:

El sentido de la regulación consiste en que parece adecuado tomar como base de una sanción penal la valoración legal existente en el momento de dictar sentencia, mientras la protección del

.....  
(28) ZAFFARONI, E. RAÚL, *op. cit.*

reo u otras circunstancias especiales no hagan preciso atender al castigo previsto en el momento del hecho. Si en el momento de la condena el legislador considera que una conducta es menos merecedora de pena o incluso que no lo es en absoluto, desde el punto de vista político criminal no tendría el menor sentido castigar pese a ello conforme a la concepción vigente en el momento del hecho, que entretanto ha quedado superada.<sup>(29)</sup>

Explica Sabsay que el art. 20, inc. a) de la Ley Penal Cambiaria “desestima la aplicación del art. 2° del Código Penal cuando se trate de la imposición de la pena de multa en todos los supuestos del art. 2° de la presente ley...”, y que “... sin perjuicio de que no se expresa ni aprecia fundamento alguno razonable para tal desestimación, dicho inciso entra en franca colisión con normativa jerárquicamente superior”.<sup>(30)</sup>

### 4.3 | Evolución de la jurisprudencia de la CSJN respecto de la retroactividad de la ley penal más benigna

En el caso “Argenflora”<sup>(31)</sup> la Corte Suprema, por unanimidad, confirmó una resolución de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico en la que se dispone la sanción de multa a la empresa y a su titular en forma solidaria por la falta de ingreso y la negociación de divisas fuera de término por las exportaciones efectuadas. Los recurrentes cuestionaron que debía aplicarse la norma jurídica más benigna, sancionada después de la comisión de la infracción imputada, que había derogado la obligación de ingresar y negociar las divisas en el mercado oficial de cambios; consideraron que es aplicable el principio de la retroactividad de la ley penal más benigna previsto específicamente en las normas internacionales de derechos humanos incorporadas a nuestra Constitución.

.....

(29) ROXIN, CLAUDIUS, *op. cit.*

(30) SABSAY, DANIEL ALBERTO, “El régimen penal cambiario a la luz de un sistema de garantías contemplado en la Constitución Nacional y en los Tratados Internacionales”, [en línea] <http://www.bcr.gov.ar/pdfs/regimenpenalcambiario/09.PONENCIA%20DR%20SABSAY%20JORNADAS%20RPC%20AGOSTO%202009.pdf>

(31) CSJN, “Argenflora Sociedad en Comandita...”, fallo cit., [en línea] <http://servicios.csjn.gov.ar/confal/ConsultaCompletaFallos.do?method=verDocumentos&id=384575>



La CSJN entendió que “las variaciones de la ley extrapenal que complementa la ‘ley penal en blanco’ no dan lugar a la aplicación de la ley penal más benigna, cuando ese complemento de la norma penal es un acto administrativo concebido ya por ella misma como de naturaleza eminentemente variable”. Y agregó que “si se aplica indiscriminadamente el principio de retroactividad benigna del art. 2° del Código Penal importaría, respecto de estas leyes especiales, despojarlas de toda eficacia, pues el ritmo vertiginoso con que se desenvuelve el proceso económico desactualizaría rápidamente las disposiciones anteriores que intentaban protegerlo”.<sup>(32)</sup>

En relación con la modificación reglamentaria concluyó que en el caso concreto:

La subsistencia del tipo penal más allá de la situación fáctica que motivó la reglamentación complementaria, indica claramente que en el caso no se configura un supuesto en el que pueda resultar de aplicación una ley más benigna que la vigente en el momento que se cometieron los hechos. Ello, en razón de que no fue dictada una nueva norma que desincriminara esa conducta —la infracción al régimen extrapenal complementario— o redujera las penas allí previstas.<sup>(33)</sup>

Por lo tanto, la Corte Suprema interpretó que en este caso no es aplicable el principio de retroactividad de la ley penal más benigna, ya que no se produjo una desincriminación de la conducta.

(32) CSJN, “Argenflora Sociedad en Comandita...”, fallo cit., Considerando 6°: “Que esta Corte ha expresado en Fallos: 311:2453, que las variaciones de la ley extrapenal que complementa la ‘ley penal en blanco’ no dan lugar a la aplicación de la regla de la ley más benigna, cuando ese complemento de la norma penal es un acto administrativo concebido ya por ella misma como de naturaleza eminentemente variable. En tal sentido, las variantes reflejan circunstancias de hecho, cuya desaparición luego de cometido el delito, en nada influye sobre la punibilidad de éste. Señaló también que, si se aplicara indiscriminadamente el principio de la retroactividad benigna del art. 2° del Código Penal importaría, respecto de estas leyes especiales, despojarlas *a priori* de toda eficacia, pues el ritmo vertiginoso con que se desenvuelve el proceso económico desactualizaría rápidamente las disposiciones anteriores que intentaban protegerlo”.

(33) *Ibid.*, Considerando 9°: “Que, en tales condiciones, la modificación o derogación del régimen que regula dichas actividades —inherentes a la economía del Estado y que afectan el interés general— no importa la desincriminación de conducta alguna. Produce, en cambio, una alteración o sustracción de contenido en el marco de la ley penal en blanco que lo tiene como referencia. La subsistencia del tipo penal más allá de la situación fáctica que motivó la reglamentación complementaria, indica claramente que en el caso no se configura un supuesto en el que pueda resultar de aplicación una ley

En el caso “Ayerza” la Corte Suprema revocó por mayoría una resolución de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico que sobreseyó a una persona de la imputación de haber cometido una infracción cambiaria consistente en un giro indebido de divisas al exterior mediante falsas declaraciones; esto, haciendo suyos los argumentos plasmados en el caso “Argenflora”.<sup>(34)</sup>

Sin embargo, Boggiano, en su voto en disidencia, sostuvo que el principio de retroactividad de la ley penal más benigna tiene jerarquía constitucional desde la reforma de 1994<sup>(35)</sup> y, en consecuencia, debe ser aplicado a las leyes penales en blanco. Esto se traduce en que solo puede admitirse la ultraactividad de la ley penal “en las leyes temporales o de emergencia (...) cuando la introducción de una nueva ley responde a un cambio de circunstancias y no de valoración”.<sup>(36)</sup>

.....

más benigna que la vigente en el momento en que se cometieron los hechos. Ello, en razón de que no fue dictada una nueva norma que desincriminara esa conducta —la infracción al régimen extrapenal complementario— o redujera las penas allí previstas”.

(34) CSJN, “Ayerza, Diego Luis s/ infracción al régimen cambiario”, 16/04/1998, “Considerando: Que las cuestiones debatidas en el *sub lite* son sustancialmente análogas a las tratadas por este Tribunal en la causa A.270.XXVII ‘Argenflora Sociedad en Comandita por Acciones - Argenflora Sociedad de Hecho s/ infr. Ley 19.359’, sentencia del 6 de mayo de 1997, a cuyas consideraciones y fundamentos cabe remitirse por razones de brevedad”, [en línea] <http://servicios.csjn.gov.ar/confal/ConsultaCompletaFallos.do?method=verDocumentos&id=427527>

(35) CSJN, “Ayerza, Diego Luis...”, *ibid.*, consid. 7° del voto de Boggiano: “Que, a partir de la reforma constitucional de 1994, se ha otorgado jerarquía constitucional al principio de retroactividad de la ley penal más benigna contemplado en los arts. 9 del Pacto de San José de Costa Rica y 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que establecen, en idénticos términos: ‘Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello’. En tales circunstancias, cabe examinar el alcance de dicha garantía”.

(36) *Ibid.*, Considerando 12 del voto de Boggiano: “Que, en Fallos: 313:153 (consid. 8°); 317:1541 y A.270.XXVII ‘Argenflora Sociedad en Comandita por Acciones - Argenflora Sociedad de Hecho s/ infr. Ley 19.359’, sentencia del 6 de mayo de 1997, se dejó de lado la doctrina anterior, y se sostuvo que el principio de retroactividad de la ley penal más benigna no se aplica en aquellos casos en los que la norma que tipifica el delito mantiene su vigor y solo varían los reglamentos a los que remite el tipo penal. En Fallos: 311:2453 se siguió el criterio anterior en cuanto a que las variaciones de la ley extrapenal que complementan la ley penal en blanco, no dan lugar a la aplicación de la regla de la ley penal más benigna. Sin embargo, se condicionó la aplicación de dicha doctrina a que el ‘complemento’ de la norma fuera un acto administrativo concebido por ella misma como de naturaleza eminentemente variable”.

Asimismo, Boggiano manifiesta en su voto que esta excepción es aceptada en los trabajos preparatorios del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y se justifica en que “de otro modo, se despojaría a priori a esas leyes de toda eficacia, pues al ser concebidas para regular situaciones eminentemente variables quedarían desactualizadas rápidamente por disposiciones posteriores y por lo que resultarían inocuas para proteger el bien jurídico para el que fueron sancionadas”.<sup>(37)</sup> Concluye manifestando que en el caso en análisis la modificación de la norma reglamentaria sí implicó una desincriminación de la conducta imputada<sup>(38)</sup> siendo, por lo tanto, inaplicable el art. 20 de la ley 19.359 por contrariar el principio constitucional de la retroactividad de la ley penal más benigna.<sup>(39)</sup>

(37) *Ibid.*, Considerando 9° del voto de Boggiano: “Que en los trabajos preparatorios del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos —cuyo valor hermenéutico destaca el art. 32 de la Convención de Viena— se contemplan las leyes especiales, temporales o de emergencia como supuestos en los cuales es posible no aplicar el principio de retroactividad de la ley penal más benigna (ver Naciones Unidas, Asamblea General, decimoquinto período de sesiones, Documentos oficiales, Tercera Comisión, Nueva York, sesión 1011a, 03/11/1960, intervención del representante de Pakistán, p. 162; del representante de la India, *ibidem*; de Noruega, p. 163; sesión 1013a, 04/11/1960, intervención del representante del Reino Unido, p. 174). Dichas excepciones resultan razonables en la medida en que, de otro modo, se despojaría a priori a esas leyes de toda eficacia, pues al ser concebidas para regular situaciones eminentemente variables quedarían desactualizadas rápidamente por disposiciones posteriores y por lo que resultarían inocuas para proteger el bien jurídico para el que fueron sancionadas”.

(38) *Ibid.*, Considerando 16° del voto de Boggiano: “Que, en este marco, el decreto 530/91 en tanto desincriminó conductas que otrora habían sido consideradas punibles, significó una derogación total del régimen anterior —que se mantuvo por casi treinta años— e instituyó uno nuevo, en el que el actuar de las personas se desarrolla en un espacio de mayor libertad de comportamiento. Ello implica que la modificación de la norma de complemento significa un cambio sustancial no solo de la norma penal integrada sino también de la valoración que se ha hecho de la conducta punible. Es decir, que se ha producido un cambio fundamental de la situación jurídica en lo relativo a la punibilidad de las transgresiones a las leyes que no puede dejar de valorarse, pues marca una modificación de fondo dentro de la política económica seguida hasta entonces y de acuerdo con la cual los hechos de esa naturaleza habían sido incriminados (Fallos: 295:729). En tales condiciones, no cabe atribuir a las normas en juego el alcance de una ley temporal o de emergencia”.

(39) *Ibid.*, Considerando 17° del voto de Boggiano: “Que por lo tanto, el inciso a) del art. 20 de la ley 19.359 que establece que no será aplicable el principio de la ley penal más benigna previsto en el Código Penal a los supuestos tipificados en el art. 2° que imponen pena de multa, resulta ineficaz para regir la solución del *sub lite* por ser dicha norma incompatible con el derecho de jerarquía constitucional que tiene el imputado a que se le aplique la ley penal más benigna, y por no configurarse en la especie las excepciones previstas a dicho principio por la Convención Americana y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos”.

Petracchi, en la segunda disidencia, reconoce la jerarquía constitucional del principio de la retroactividad de la ley penal más benigna<sup>(40)</sup> y su aplicación al régimen penal de cambio.<sup>(41)</sup>

En relación con el caso concreto, consideró que la modificación de la norma reglamentaria “es mucho más que la mera alteración de elementos circunstanciales”,<sup>(42)</sup> decidiendo en el sentido de confirmar la sentencia de

.....

(40) *Ibid.*, Considerando 6° del voto de Petracchi: “Que, con relación al fondo del asunto, debe advertirse que, desde la entrada en vigor de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y, tanto más, desde la última reforma de la Carta Fundamental —la que asignó a sus cláusulas jerarquía constitucional, art. 75, inc. 22, 2° párrafo, de la Constitución Nacional— no es posible mantener el punto de partida tradicional de esta Corte en casos que guardan cierta similitud con el presente. Con excepción de las sentencias del Tribunal dictadas durante el período de vigencia de la Constitución de 1949 —cuyo art. 29 imponía la aplicación retroactiva de ‘la ley penal permanente más favorable al imputado’— y de la disidencia de los jueces Boffi Boggero y Zavala Rodríguez en el precedente registrado en Fallos: 262:621 (ver su considerando 2°), el principio de la retroactividad de la ley penal más benigna siempre fue considerado un principio disponible por el legislador común, cuya ausencia no generaba *per se* un agravio constitucional (confr., por ejemplo, Fallos: 211:1657, considerando 2°). Es por tanto que esta Corte solo lo ha interpretado —fuera de las salvedades aludidas— en los supuestos en los que aquél integra una ley federal por virtud de lo dispuesto en el art. 4° del Código Penal (confr. dictamen del Procurador General Petracchi en Fallos: 293:522, p. 523). El reconocimiento de tal principio en los arts. 9°, *in fine*, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 15, apart. 1°, *in fine*, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos obliga —como se dijo— a mudar de punto de partida.

La norma es, pues, ‘si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello’ (tal el texto compartido por ambos tratados). Más allá de la norma transcrita solo se abre el estrecho campo de las excepciones, de las estrictas restricciones legítimas a los derechos humanos consagrados en las citadas convenciones internacionales”.

(41) *Ibid.*, Considerando 7° del voto de Petracchi: “Que, por tanto, no es posible pretender que una rama del derecho represivo o un determinado objeto de protección estén genéricamente excluidos de la esfera de aplicación de la garantía. De otro modo, el camino de una interpretación amplia de esta última, supuesta en el propósito de ‘... que el delincuente se beneficie lo más posible de cualesquier modificaciones ulteriores de la legislación’ (Naciones Unidas, Asamblea General, decimoquinto período de sesiones, Documentos Oficiales, Tercera Comisión, Nueva York, sesión 1010a, 02/11/1960, intervención de la representante del Japón, p. 158), se vería inicialmente sembrado de obstáculos que un examen particular podría revelar arbitrarios”.

(42) *Ibid.*, Considerando 12° del voto de Petracchi: “Que, en efecto, en el caso ‘Cerámica San Lorenzo I.C.S.A.’ (Fallos: 311:2453) se abordó la cuestión de la variación de complementos administrativos de la ley penal en blanco —a la sazón, la ley 20.680— que solo regulaban elementos circunstanciales del supuesto típico —por ejemplo las modificaciones ocasionales de los precios máximos— ‘... cuando el ‘complemento’ [modificado] de la norma penal es un acto administrativo concebido ya por ella misma

segunda instancia sobreseyendo al imputado, ya que la conducta había quedado desincriminada.

En el caso “Cistralux SA”<sup>(43)</sup> se recoge el voto en disidencia del Dr. Petracchi. Así, la Corte Suprema revocó una sentencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico que condenó a una empresa y a sus responsables a la sanción de multa, suspensión por dos años para operar o intermediar en operaciones de cambio e inhabilitación por dos años para actuar como importador y corredor de cambio. Se les imputó la omisión de ingresar y negociar en el mercado único de cambio el contravalor en divisas de diversas exportaciones realizadas entre los años 1982 y 1991. Los recurrentes cuestionaron que no se hizo aplicación del principio de retroactividad de la ley penal más benigna por la modificación de la reglamentación.

La Corte Suprema abandona el criterio anterior disponiendo que resulta de aplicación el principio de “la ley penal más benigna” a la materia penal cambiaria, lo que anteriormente no se admitía. De esta manera, cuando una conducta deja de ser penalmente reprochable resulta de aplicación el principio de la ley penal más benigna (y su retroactividad),<sup>(44)</sup> con lo que se registró un profundo cambio jurisprudencial.

.....

como de naturaleza eminentemente variable (p. 2459). Se sostuvo, en primer lugar, que la excepción al principio de la retroactividad de la ley más benigna solo corresponde cuando su aplicación ‘... resulte claramente incompatible con el régimen jurídico que estructura la propia ley especial atentando contra su armonía y congruencia’ (*ibidem*). En segundo término, ante el notorio carácter variable e incluso transitorio y coyuntural de la resolución de la Secretaría de Comercio Interior 81/85 que establecía el régimen de precios máximos (conf. los considerandos de dicha resolución), el Procurador General —a cuyos términos remitió la Corte— entendió que el caso guardaba analogía con el resuelto en Fallos: 293:522 (caso ‘SA Frigorífico Yaguané’), esto es, con un supuesto de leyes temporarias en el que la garantía no rige (ver p. 2460). Dado que no es posible predicar del régimen cambiario ordenado por el decreto 2581/64 el carácter temporario o eminentemente variable y que su modificación (v. supra, considerando 10) es mucho más que la mera alteración de elementos circunstanciales, el referido precedente de Fallos: 311:2453 pierde toda relevancia para la solución del *sub examine*”.

(43) CSJN, “Cristalux SA s/ ley 24.144”, 11/04/2006, [en línea] <http://servicios.csjn.gov.ar/confal/ConsultaCompletaFallos.do?method=verDocumentos&id=601691>

(44) CSJN, “Cristalux SA...”, fallo cit., “Considerando: Que al caso resulta aplicable, en lo pertinente, la doctrina sentada en Fallos: 321:824 (disidencia del juez Petracchi), a cuyos fundamentos y conclusiones corresponde remitirse por razones de brevedad”.

En el caso “Agro Industrias Inca SA”,<sup>(45)</sup> la Corte Suprema hizo suyo los argumentos del Procurador General Eduardo Casal<sup>(46)</sup> y revocó la sanción confirmada por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico. En ese caso, se impuso una multa a unos empresarios por la comisión de una infracción cambiaria similar a la imputada en el precedente “Cristalux”. Debido a la analogía en los hechos, por aplicación del principio de retroactividad de la ley penal más benigna se considera que el hecho imputado ha quedado desincriminado.

## 5 | Anteproyecto de Código Penal de la Nación

El Anteproyecto de Reforma del Código Penal, que fuera elaborado por la Comisión para la Elaboración del Proyecto de Ley de Reforma, Actualización e Integración del Código Penal de la Nación, designada por el decreto 678/2012, en su Capítulo IV, Delitos contra el control de divisas, art. 171, Operaciones ilícitas, incorpora los delitos previstos en la ley 19.359 —Régimen Penal Cambiario—, con diversas modificaciones en sus tipos penales con el fin de suprimir la utilización de las leyes penales en blanco y, al mismo tiempo, introducir diversas disposiciones de carácter general logrando, de esta manera, una mejora fundamental en la regulación de estos delitos.

Ahora bien, como ya se ha comentado *ut supra*, la norma más debatida por la doctrina es la contenida en el inc. f) del art. 1° del actual régimen: “... todo acto u omisión que infrinja las normas sobre el régimen de cambios”.

(45) CSJN, “Agro Industrias Inca SA s/ ley 19.359”, 20/11/2007, “Considerando: Que el Tribunal comparte los fundamentos y conclusiones del dictamen del señor Procurador Fiscal a cuyos términos se remite por razones de brevedad”, [en línea] <http://servicios.csjn.gov.ar/confal/ConsultaCompletaFallos.do?method=verDocumentos&id=635861>

(46) CSJN, “Agro Industrias Inca...”, Dictamen del Procurador General: “... Si bien es doctrina de V. E. que sus sentencias deben limitarse a lo peticionado por las partes en el recurso extraordinario (Fallos: 298:354; 302:283; 306:2088; 315:3011, voto de los doctores Barra y Boggiano; 317:1192, entre otros), no es menos cierto que ha justificado su intervención, aún de oficio, en la medida que a partir del criterio sentado en los autos C.77, XL ‘Cristalux SA s/inf. ley 24.144’ y ‘Argrigenetics SA s/inf. Ley 24.144’, resueltas el 11 de abril y el 28 de noviembre del 2006, respectivamente, consideró que el mantenimiento de la sanción en supuestos como el presente —en la última causa se imputaban infracciones sustancialmente análogas— importaría vulnerar el principio de la ley penal más benigna cuyos efectos, según lo ha señalado reiteradamente,

Con la normativa vigente se podría presentar la circunstancia de que ciertas conductas puedan considerarse alcanzadas por más de un tipo penal, como acontecía en el caso de una persona que operara en negociaciones cambiarias sin autorización —art. 1º, inc. b) y, simultáneamente, en el inc. f)—.

Por lo expuesto, en el Anteproyecto mencionado se deroga este inciso por ser claramente violatorio del principio de legalidad, como ya se ha analizado con anterioridad.<sup>(47)</sup> Respecto de las penas privativas de la libertad, la normativa vigente solo las prevé en los casos de reincidencia.

En el texto incluido en el Anteproyecto se requiere “habitualidad”, exceptuando, de esta manera, los hechos de menor gravedad ejecutados por particulares accidentales u ocasionales.<sup>(48)</sup> Asimismo, y como consecuencia de la imprecisión y vaguedad de los tipos penales actuales, una misma conducta podía ser sancionada dos veces en casos que, como por ejemplo, se realiza una falsa declaración (inc. c) y se omite rectificarla (inc. d). Por lo tanto, en el inc. 2º del art. 171 de la Reforma propuesta se tipifican esas conductas como alternativas.<sup>(49)</sup>

Sin embargo, estas conductas podrían quedar incluidas en el “principio de insignificancia o configurar casos de menor significación, conforme a las disposiciones del Libro Primero”.<sup>(50)</sup>

Hay que tener presente que la habitualidad exigida para las conductas tipificadas en el inc. 1 del Anteproyecto no se requiere en los supuestos

operan de pleno derecho (Fallos: 281:297; 295:729, 815 y 874; 296:466; 321:3160)”, [en línea] <http://servicios.csjn.gov.ar/confal/ConsultaCompletaFallos.do?method=verDocumentos&id=626484>

(47) GERSCOVICH, CARLOS GUSTAVO, *Derecho Económico Cambiario y Penal*, ed. comentada y concordada, Bs. As., LexisNexis, 2006, pp. 422/423.

(48) Anteproyecto de Código Penal, art. 171, inc. 1: “Será reprimido con prisión de seis (6) meses a cuatro (4) años y con multa de noventa (90) a trescientos sesenta (360) días, el que con ánimo de lucro realizare en forma habitual operaciones de cambio:

- a) Sin autorización;
- b) Excediendo la autorización que tuviere”.

(49) Anteproyecto de Código Penal, art. 171, inc. 2: “La misma pena se aplicará al que formulare declaraciones falsas u omitiere rectificar las formuladas conforme a circunstancias sobrevinientes”.

(50) Anteproyecto de Código Penal de la Nación, “Exposición de motivos”, [en línea] <http://www.infojus.gov.ar/docs-f/anteproyecto/anteproyecto-codigo-penal.pdf>

del inc. 2 del mismo teniendo en cuenta la gravedad de las conductas y el mayor grado de responsabilidad de los sujetos activos.

Por último, el inc. 3 establece que las operaciones ilícitas cuyo monto no supere el equivalente a ciento cuarenta salarios mínimos, vitales y móviles no configuran delitos, quedando su sanción reservada al derecho sancionador administrativo.

## 6 | Conclusiones

Teniendo en cuenta la gravedad de las sanciones contenidas en la Ley Penal Cambiaria y la importancia que las normas cambiarias revisten para la economía del país, resulta urgente y sumamente necesaria la aprobación de un nuevo marco jurídico para este régimen, que incluya tipos penales claros que describan la conducta típica y los diferentes sujetos que pueden ser responsabilizados bajo la misma, como así también respete el principio de legalidad consagrado en nuestra Constitución y en los pactos internacionales con rango constitucional.

En ese sentido, resulta sumamente satisfactoria la inclusión de la normativa del régimen penal cambiario al Código Penal, como así también las modificaciones propuestas en el Anteproyecto en análisis.

Con la delimitación de los tipos penales cambiarios a solo a tres figuras se culminará con la discusión actual sobre el límite entre los incs. a) y b) del art. 1° de la ley 19.359 vigente. Por otro lado, se logrará, de esta manera, diferenciar cabalmente las infracciones de los delitos y las cuestiones de fondo de las de forma.

Asimismo, resulta por demás ventajosa la propuesta de supresión del inc. f) del art. 1° de la ley 19.359 en vigencia que admite un tipo penal en blanco, así como también la inaplicabilidad de la ley penal más benigna regulada por el actual art. 20 de la ley, institutos que son justificados por parte de la doctrina con base en la especialidad de la materia penal cambiaria.

Por último, se considera que la pena propuesta (prisión de 1 mes a 6 años) es mucho más clara y, en consecuencia, de más sencillo establecimiento y aplicación.

---



# La muerte del recién nacido y sus atenuantes

## Hacia la reincorporación de la figura del infanticidio

por **CAROLINA MORALES DEGANUT**<sup>(1)</sup>

### I | Introducción

El infanticidio fue derogado en el año 1995 por la ley 24.410,<sup>(2)</sup> momento a partir del cual se agravó la conducta a homicidio agravado por el vínculo. Ello motivó una serie de cuestionamientos relacionados con la desproporcionalidad y la evidente contradicción con los fines del sistema punitivo.<sup>(3)</sup> Se sostuvo, además, que el espíritu de esa ley se asociaba al tratamiento de casos vinculados al secuestro y comercialización de niños y no a la naturaleza del entonces homicidio atenuado.<sup>(4)</sup>

.....

(1) Jefe de Trabajos Prácticos del Departamento de Derecho Penal y Procesal, Cátedra del Dr. Luis Niño (UBA). Defensora *ad hoc* ante los Tribunales Orales de Menores, Defensoría General de la Nación.

(2) La anterior redacción del art. 81 inc. 2° del Código Penal establecía: "Se impondrá reclusión hasta tres años o prisión de seis meses a dos años a la madre que, para ocultar su deshonra, matare al hijo durante el nacimiento o mientras se encontrara bajo la influencia del estado puerperal y a los padres, hermanos, maridos e hijos que, para ocultar la deshonra de su hija, hermana, esposa o madre, cometiese el mismo delito en las circunstancias indicadas en la letra a) del inciso 1° de este artículo".

(3) FELLINI, ZULITA, *Delito de trata o tráfico de niños*, 2ª ed. act. y ampl., Bs. As., Hammurabi, 2007, p. 168.

(4) Informe del Profesor Dr. E. Raúl Zaffaroni a la Comisión de Legislación Penal de la Honorable Cámara de Diputados de la Nación, junio de 2008, "Figura atenuada de infanticidio, su

El transcurso del tiempo y la jurisprudencia demostraron, una vez más, que las conductas disvaliosas no ceden frente al incremento del marco legal y que estos fenómenos responden a la extrema marginalidad, al abandono y a carencias de todo tipo. Esta realidad es recogida por el Anteproyecto de Código Penal de la Nación, cuyos fundamentos destacan las circunstancias en las que se produce la acción típica. La conducta se presenta, entonces, como el corolario de un embarazo no deseado —aspecto que confluye con el delito de aborto—. <sup>(5)</sup> Suele generalizarse y pensar que todos estos son el resultado de una relación sexual no consentida; sin embargo, este es solo uno de muchos supuestos que inciden en el ilícito. Es importante tener en cuenta también que, aun cuando el embarazo se origine en una relación sexual violenta, la madre puede aceptar el vínculo. <sup>(6)</sup>

El análisis de esta realidad no puede hacerse sin evaluar aspectos sociales, culturales, familiares y psicológicos de la autoría para entender cómo se desencadena el hecho típico.

Existen ciertas características que se advierten en las madres que realizan esta acción, por lo que es lamentable que la actual valoración jurídica las pase por alto colocando en pie de igualdad situaciones claramente asimétricas.

reestablecimiento”, publicado en Castex, Mariano, *Estado puerperal e infanticidio. Implicancias médico-legales y psicopsiquiátrico-forenses*, Bs. As., Ad-Hoc, 2008, p. 179.

(5) Es sumamente elocuente el reciente fallo de nuestro Máximo Tribunal en autos “F. A. L. s/ medida autosatisfactiva” del 13/03/2012, en el cual el voto de la mayoría puntualizó acertadamente que los síntomas de la solicitante, quien vivía su embarazo como “un evento extraño, invasivo (...) en su mundo interno era imposible, incompatible e intolerable calificar como hijo a quien sería hijo del padre de sus hermanos”, constituía un claro supuesto en el cual la continuidad del mismo significaba un riesgo para la integridad psicofísica de la joven. Dichas consideraciones, si bien aplicables al delito previsto en el art. 86 del Código Penal, importan un claro avance, ya que la génesis del delito de aborto y el infanticidio son concurrentes.

(6) Un ejemplo de esta decisión constituye un precedente de la justicia mendocina, que ante la presentación de la madre de una menor que estaba embarazada de su concubino, pidió autorización al juez para interrumpir el embarazo. Luego de que los peritos psicólogos, asistentes sociales y demás auxiliares del juez realizaron los exámenes del caso a la joven madre, aseveraron que la misma quería que su hijo naciera y que no tenía voluntad de dañar al mismo. Por ello, a pesar de la inmadurez de la menor que la ley presume en estos casos, se probó que la decisión de la niña estaba dentro de los parámetros de razonamiento esperables y que esta comprendía los alcances de su decisión. Ante ello, y teniendo en cuenta los derechos consagrados en la Convención de los Derechos del Niño, la resolución judicial optó por apoyar la decisión de la joven madre y rechazó la petición de su representante legal. La resolución fue tomada por el Juzgado de Familia N° 1 de Mendoza, en autos “B., L. A.”, 16/09/2008 (información brindada por la Asociación Argentina de Profesores de Derecho Penal).

No es lo mismo transitar un embarazo en un marco de contención que ocultar esa etapa o vivirla en condiciones precarias.

Esta problemática no ha pasado desapercibida para ciertas ramas del conocimiento científico. En el siglo XIX los médicos del positivismo filosófico y del liberalismo político económico pusieron su enfoque en factores ambientales y estresantes como influyentes en la decisión, ligados a la marginalidad, a coyunturas familiares particulares, indigencia, etc.<sup>(7)</sup>

El fenómeno no es uniforme. Estudios de sólido rigor científico afirman que tiene más incidencia en zonas rurales que en grandes urbes, donde aquellas que no quieren llevar adelante su embarazo suelen recurrir al aborto.<sup>(8)</sup> Parecería que incide en este dato estadístico el que en ámbitos alejados los partos se produzcan en soledad. Ello importa mayor desprotección, ya que en la ciudad, la mujer suele ser asistida en algún centro hospitalario, cuyo personal coadyuva con su saber y hasta con su mera presencia a evitar reacciones que pongan en peligro la vida del niño.

Un criterio acertado sobre el entorno criminológico del infanticidio en la República Argentina permite afirmar que ocurre en circunstancias personales y sociales dramáticas; se trata de madres adolescentes o muy jóvenes, de baja instrucción, y que si el delito se presenta en centros urbanos, lo llevan a cabo mujeres llegadas del interior, con un alto nivel de aislamiento social.<sup>(9)</sup> Por ello, es positivo que se promueva su reincorporación, ya que si se parte del análisis de una perspectiva de género, se jerarquiza el camino de la gestación y se pone en evidencia que cada mujer puede presentar procesos de distinta complejidad y esencia.

Efectivamente, embarazo y parto no tienen el mismo significado para todas las madres y el alumbramiento tampoco ocurre en contextos geográficos, sociales, familiares y culturales análogos. Sin embargo, no debe

.....  
(7) CASTEX, MARIANO, *op. cit.*, p. 47.

(8) KALINSKY, BEATRIZ y ROBATTO, ESTELA, "De amor y de crimen, o 'nosotros no legislamos para la periferia'", en Beatriz Kalinsky, *Justicia, Cultura y Derecho Penal*, Bs. As., Ad-Hoc, 2000, p. 81; en igual sentido, LEVENE, RICARDO (h.), *El delito de homicidio*, Bs. As., Depalma, 1977, p. 356.

(9) Informe del Profesor Dr. E. Raúl Zaffaroni a la Comisión de Legislación Penal de la Honorable Cámara de Diputados de la Nación", junio de 2008, figura atenuada de infanticidio, en CASTEX, MARIANO, *op. cit.*, p. 193.

pasarse por alto que a partir del nacimiento, la persona deja de ser una expectativa, aunque viva escasos momentos o que haya ocurrido antes de tiempo.<sup>(10)</sup>

No puede desconocerse que existen comunidades y grupos sociales y familiares en los que se segrega a la mujer que lleva adelante un embarazo contrario a ciertos modelos de familia, y que no todas las mujeres cuentan con idénticas herramientas para enfrentar los compromisos del rol maternal. Si bien esto no puede configurar *per se* una causal de justificación o inimputabilidad, amerita ser valorado como elemento reductor.

Ya Carrara, al referirse al marco probatorio del delito, valoró a la soledad como un componente clave, dado que aun cuando la ciencia médica no se encontraba tan avanzada, se presentaban dificultades vinculadas respecto al lugar remoto de producción y a la ausencia de personas que presenciaron el momento.<sup>(11)</sup>

Este es un punto importante a tener en cuenta, ya que de la redacción del Anteproyecto se advierte que la acción típica tiene lugar “durante el nacimiento”. Acertadamente, se puntualiza sobre el mismo, distinguiéndose el infanticidio del aborto, proceso durante el cual la muerte está dirigida al feto, dentro del seno materno.

Así, la propuesta de reforma se encuentra plasmada en el art. 84<sup>(12)</sup> en los siguientes términos: “Se impondrá prisión de uno (1) a cuatro (4) años, a la madre que matare a su hijo durante el nacimiento o bajo la influencia del estado puerperal”.

La anterior redacción contaba con una fórmula mixta en la que se tenía en cuenta el estado anímico post-parto de la mujer y el fin de ocultar el producto del embarazo para evitar el rechazo social; por ello, el término

(10) LAJE, ANAYA J., *El homicidio y el aborto en la doctrina judicial argentina*, Córdoba, Alveconi, 2003, p. 212.

(11) CARRARA, FRANCESCO, *Programa de Derecho Criminal*, Parte Especial, vol. 1, Bogotá/Bs. As., Temis, 1977, p. 287.

(12) Mediante decreto 678 del Poder Ejecutivo, en el año 2012 se creó la “Comisión para la Elaboración del Proyecto de Ley de Reforma, Actualización e Integración del Código Penal”, el cual elaboró el Anteproyecto.

“honestidad” tenía un papel protagónico.<sup>(13)</sup> La reprobación del nacimiento podía tener lugar al cuestionarse la legitimidad de la unión entre el padre y la madre de la criatura, considerándose que si el vínculo que precedió a la concepción del infante era “contrario a la ley”, el origen de la vida también lo era.<sup>(14)</sup>

Es por ello que los parientes de la mujer que realizaran la conducta en estado de emoción violenta, para ocultar su deshonra, también eran sometidos a un juicio de reproche de menor punibilidad.

Actualmente, parece acertado omitir aquel concepto del tipo penal atenuado; no obstante ello, existen ciertas condiciones clínicas, psicológicas, sociales, o culturales que ameritan que el derecho penal reaccione con menor intensidad frente a estas conductas.

No debe pasarse por alto que estos sucesos provocan sentimientos dispares en la población; habrá quienes emitan un juicio de valor poniendo el acento en la vida del recién nacido y otros que, sin dejar de tener en cuenta la existencia de la persona, evocando el principio de culpabilidad, nos pronunciamos a favor de una sanción adecuada al hecho producido.

La figura se ha consagrado históricamente como una respuesta a ciertas coyunturas en las cuales tras un embarazo no deseado, oculto y quizás reprobado por el entorno, la madre —cuya autonomía de la voluntad está condicionada por el puerperio— provoca la muerte de su hijo.

Lamentablemente, la reforma operada por la ley 24.410 conllevó a que varias mujeres sean castigadas con la pena máxima que prevé nuestro sistema normativo, al encuadrar su conducta en el inc. 1º del art. 80 del Código de Fondo.<sup>(15)</sup> En ciertos casos, la jurisprudencia se mostró más sensible a estas

.....

(13) Así, SOLER, SEBASTIÁN, *Derecho Penal Argentino*, t. III, Bs. As., Tea, 1953, p. 94; MARTÍNEZ VIVOT, JULIO, “Boletín del Instituto de Enseñanza práctica”, t. 12, n° 53, abril-junio, 1949, Bs. As., Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, p. 138; LEVENE, RICARDO (h.), *op. cit.*, p. 348, entre otros.

(14) FONTÁN BALESTRA, CARLOS, *Tratado de Derecho Penal*, t. IV, Parte Especial, Bs. As., AbeledoPerrot, 1992, p. 186.

(15) CÁMARA PENAL DE JUJUY, Sala I, “Z., E. P.”, 25/10/2005. Se rechazó la atenuante prevista en el art. 80, último párrafo del Código Penal, a pesar de que la imputada provenía de una familia de alcohólicos, que fue obligada al ejercicio de la prostitución a muy temprana edad

situaciones y ha morigerado la pena absoluta en el entendimiento de que el estado puerperal es una circunstancia extraordinaria de atenuación.<sup>(16)</sup>

Cabe destacar que a pesar de esta solución pretoriana, hubo ciertas voces que promovieron su reincorporación al Código Penal, cuestionando el tratamiento antes señalado, dado que el puerperio no responde a la verdadera naturaleza del último párrafo del art. 80 del Código Penal.<sup>(17)</sup> Puede advertirse que la doctrina se ha referido a su naturaleza de diferentes modos: están quienes lo acercan al estado de emoción violenta<sup>(18)</sup> mientras que otros entienden que presentan un menor contenido de injusto.<sup>(19)</sup>

## 2 | Aspectos característicos

La propuesta de referencia presenta dos componentes normativos sobre los que se apoya el ilícito: el nacimiento y el estado puerperal.

Al respecto, puede considerarse que la redacción alude a una acción típica que ocurre “durante el nacimiento” o “bajo la influencia del estado puerperal”, motivo por el cual parecería atendible sostener que si la acción se produce durante el momento del alumbramiento no sería necesaria la comprobación del estado puerperal.

Ello es una lógica conclusión, por cuanto si la acción típica se produce durante el nacimiento, el estado anímico de la mujer que disminuye la entidad

.....  
y que conformó un hogar por conveniencia económica con un hombre que la golpeaba (ver LLNOA, 2006, febrero 56, mayo 387, julio 613).

(16) TRIB. CASAC. PENAL Bs. As., Sala 1, “Aquino, Marta B. y otro s/ rec. de casación”, 15/09/2005, en LLBA, marzo, 212; 1ª CAPEL. CRIM. NEUQUÉN, “A., J. G.”, 29/04/2009, en LLPatagonia, 2009, agosto, 1018; CCRIM. Y CORRECC. SAN FRANCISCO, “A., R. A.”, 26/03/1997, en La Ley, 1998-E, 764; CAPEL. CRIM. Y CORR. MERCEDES, Sala I, “Arregui, María M.”, 24/03/1994, en LLBA, 1994, 708; CAPEL. PENAL DE JUJUY, Sala II, “T. R. A.”, 22/06/2005, en LLNOA, 2005, agosto, 944, CJCIO. ORAL EN LO CRIM. Y CORRECC. 1ª NOM. SANTIAGO DEL ESTERO, “Guzmán, Silvia B.”, 04/05/2005, en LLNOA, 2006, febrero, 89, entre otras.

(17) Dichos del Dr. Oscar Rodeiro, juez de cámara de apelaciones de todos los fueros, Sala Penal, Ciudad de Zapala, Provincia del Neuquén en octubre de 1996, publicado en Kalinsky, Beatriz y Robatto, Estela, *op. cit.*, p. 75.

(18) CREUS, CARLOS, *Derecho Penal*, parte especial, t. I, 2ª ed., Bs. As. Astrea, 1988, p. 17.

(19) ESER, ALBIN y BURKHARDT, BJÖRN, *Derecho Penal, Cuestiones fundamentales de la teoría del delito sobre la base de casos de sentencias*, Madrid, Colex, 1995, p. 398.

del reproche aún no se ha producido, ya que ello tiene lugar después del parto. Cabe preguntarse entonces bajo qué condiciones la conducta de aquella madre que provoca la muerte de su hijo “durante el nacimiento” o “bajo la influencia del estado puerperal” puede ser subsumida en el homicidio atenuado. Parecería que esta no es una respuesta que surja del texto de la norma; en el caso que se incorpore la misma al plexo normativo, será el juzgador quien deberá responder dicho interrogante y evaluar el caso en particular, recurriendo a los argumentos expuestos en los fundamentos, de los que claramente se advierte que está dirigida a casos en los que la capacidad de culpabilidad de la mujer está condicionada por el entorno.

### 3 | El nacimiento

El Anteproyecto mantiene la expresión “durante el nacimiento” del art. 81 inc. 2º del Código Penal, derogado hace ya diez años. Es posible afirmar que mediante dicha expresión se intenta conceptualizar el momento a partir del cual puede ejecutarse la acción típica.

Se advierten, sin embargo, ciertas dificultades, ya que el nacimiento no es un hecho que se produzca instantáneamente; siempre tiene una duración considerable.

Reconocidos penalistas como Soler argumentan que esta expresión responde al período de tiempo entre el comienzo del parto (primeros dolores) hasta el momento en que la separación del cuerpo del niño y el de la madre es completa, criterio que nuestra ley utiliza para distinguir entre aborto y homicidio. Desde esta óptica, el infanticidio podía ser cometido antes de que el niño haya sido separado del cuerpo de la madre, siempre que hubiera nacido vivo.<sup>(20)</sup>

No obstante ello, podría afirmarse que se puede interrumpir el embarazo cuando no se ha producido el corte del cordón umbilical, conclusión que ha sido cuestionada por cierta doctrina<sup>(21)</sup> que es terminante al sostener que la categoría de persona como sujeto pasivo de infanticidio se

.....

(20) SOLER, SEBASTIÁN, *op. cit.*, p. 91.

(21) LEVENE, RICARDO (h.), *op. cit.*, p. 350.

adquiere cuando esta vivió separada del cuerpo de la madre, aunque sea un instante.<sup>(22)</sup>

Este es un aspecto polémico en casos conocidos por la opinión pública como el de Romina Tejerina: debido a la edad gestacional y a las demás condiciones en las que se produjo el alumbramiento, la defensa planteó un error de tipo al sostener que la mujer creyó interrumpir su embarazo.<sup>(23)</sup>

Es posible someter a consideración de la ciencia médica si el proceso de nacimiento está completo si el bebé aún sigue unido al cuerpo de la madre mediante el cordón umbilical, lo cual no lo hace totalmente independiente. Este no es un detalle menor, ya que si bien en ambas figuras el bien jurídico protegido es la vida del recién nacido y de la persona por nacer respectivamente,<sup>(24)</sup> en principio lo que se extingue con la interrupción voluntaria del embarazo es una expectativa que no implica certeza.<sup>(25)</sup>

Cierto criterio destaca la importancia de la separación del cuerpo de la madre aunque sea un instante, en virtud de lo normado por el art. 74 CC que dice: "Si muriesen antes de estar completamente separados del seno materno, serán considerados como si no hubieran existido".<sup>(26)</sup> Desde esta postura, ha cometido aborto la mujer que interrumpe la evolución de la vida si no se produjo la separación completa, más allá de que esto tenga lugar durante el parto.

El Código Penal italiano reformado en el año 1981, reemplazó el "infanticidio por motivos de reivindicación del propio honor o de un prójimo" por la redacción del art. 578 que prevé el "homicidio de un neonato o del feto durante el nacimiento bajo condiciones materiales o morales de abandono". Se refiere así a la conducta de la madre respecto del propio

(22) GOENER, GUSTAVO, "El sujeto pasivo del delito de homicidio", en *Revista de Derecho Penal, Delitos contra las personas I*, n° 1, Santa Fe, Rubinzal - Culzoni Editores, 2003, p. 314.

(23) CSJN, "Rec. de hecho Tejerina, Romina Anahí s/ homicidio calificado", 08/04/2008, T. 228. XLIII, causa N° 29/05.

(24) LAJE, ANAYA J., *op. cit.*, p. 299.

(25) FELLINI, ZULITA, "Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial", t. 3, Parte Especial, en David Baigún y E. Raúl Zaffaroni (dirs.), *Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, Bs. As., Hammurabi, 2007, p. 7.

(26) GOENER, GUSTAVO, *op. cit.*



neonato inmediatamente después del parto o del feto durante el parto, determinado por condiciones de abandono material o moral. La acción típica puede tener lugar durante el parto, o inmediatamente después del parto. El primero comprende desde el desprendimiento del feto del útero materno hasta el instante en que adquiere vida autónoma.<sup>(27)</sup>

Más allá de esta cuestión, es importante destacar la necesidad de una modificación legislativa en este sentido, ya que más allá de las discusiones que pueda generar la interpretación de la expresión, este ocupa un rol fundamental a partir del cual se da inicio a la acción típica.

Sin perjuicio de ello, tal como se encuentra planteada la redacción del artículo que se comenta, parecería irrelevante discutir si configura infanticidio o aborto la muerte del niño que aún se encuentra unido al cuerpo de la madre mediante el cordón umbilical, toda vez que mientras ello ocurra parecería que el nacimiento no ha finalizado y por ello corresponde la figura atenuada.

Asimismo, y si bien la redacción recurre al término “o” para referirse al momento del nacimiento y la influencia del estado puerperal, es posible sostener que no todos los nacimientos son iguales, siendo evidente, en consecuencia, que la figura atenuada comprenda a aquellos en los que la madre que realiza la acción típica no haya tenido recursos afectivos, familiares, culturales y sociales para desear la existencia de la criatura y entenderlo como el inicio de un vínculo jurídico y afectivo sólido y sin condicionamientos.

## 4 | El estado puerperal

La reforma bajo análisis reedita la expresión “bajo la influencia del estado puerperal”, contenida anteriormente en el art. 81 inc. 2° del Código Penal, reeditando de este modo un elemento típico de vital importancia, que reconoce sus raíces en tiempos remotos.

Efectivamente, existen ciertos estudios desde varios siglos antes de Cristo. En investigaciones de Hipócrates, se han observado características clínicas de la manía posparto vinculadas a la lactancia, asociadas a la sepsis

---

(27) HUBER, BÁRBARA, “El Delito de Infanticidio”, en *Revista de Derecho Penal, Delitos contra las personas*, op. cit., p. 138.

puerperal. Durante los siglos XVIII y XIX, autores galos y germanos incluyeron cuestiones referentes a la locura del puerperio, elemento que comenzaba a ser reconocido por los códigos penales como un atenuante de la pena. Esta postura fue aceptada mayoritariamente, aunque resistida por los codificadores franceses napoleónicos, a cuyo modelo liberal se contrapuso el Código de Baviera de 1813.<sup>(28)</sup>

En el año 1818, el psiquiatra francés Jean Etienne Dominique Esquirol (1772-1840) realizó una descripción de noventa y dos casos de psicosis puerperal. En el año 1856, Víctor Louis Marcé sistematizó las enfermedades mentales durante el posparto e innovó argumentando que los cambios fisiológicos que se producían en el cuerpo de la madre influían en su esfera emocional.<sup>(29)</sup> Los conceptos mencionados fueron plasmados en el art. 116 del código federal suizo, el que presumía la existencia de ciertos trastornos anímicos de la mujer luego del alumbramiento.<sup>(30)</sup>

Esto posee varias definiciones que, aunque con matices diferentes, coinciden en aceptar una sensibilidad importante en la mujer. Así, se ha dicho que es el período durante el cual van desapareciendo las modificaciones producidas en el organismo por el embarazo hasta llegar a un estado semejante al anterior, durante el cual la mujer puede presentar síntomas de depresión<sup>(31)</sup> asociados a sentimientos de angustia o depresión simple;<sup>(32)</sup> o el período posterior al nacimiento en el que la madre puede presentar trastornos de conducta psicopáticos en los que su conciencia se oscurece sin llegar a anularse.<sup>(33)</sup> Existen posturas más modernas que lo definen como una alteración morbosa que puede turbar total o parcialmente —o también no alterar— las conductas de la madre en etapa de perinatalidad, entendiéndose por esta el tiempo médico que se extiende desde el momento en el que el feto se torna viable hasta el momento de la menstruación.<sup>(34)</sup>

(28) CASTEX, MARIANO, *op. cit.*, p. 44.

(29) *Ibid.*, p. 46.

(30) FONTÁN BALESTRA, CARLOS, *op. cit.*, p. 174.

(31) *Ibid.*, p. 191.

(32) SOLER, SEBASTIÁN, *op. cit.*, p. 93.

(33) LEVENE, RICARDO (h.), *op. cit.*, p. 352.

(34) CASTEX, MARIANO, *op. cit.*, p. 12.

Tal como se indica en los fundamentos del Anteproyecto, no existe un criterio uniforme respecto a su duración. Esto también se advierte en la legislación comparada en la que si bien no se hace referencia directa a este estado, se fija un período de tiempo durante el cual la conducta se considera atenuada.<sup>(35)</sup>

Algunos autores lo ubican en cuarenta días,<sup>(36)</sup> cuando se reinicia el ciclo menstrual,<sup>(37)</sup> y otros aceptan que se puede extender hasta la finalización del período durante el cual la mujer se encuentra amamantando;<sup>(38)</sup> incluso en este caso, cierta legislación de Inglaterra resulta coincidente.<sup>(39)</sup> Núñez le otorga una corta duración, aunque acepta variaciones vinculadas al período de tiempo durante el cual la mujer amamanta al niño.<sup>(40)</sup>

(35) El Código Penal de Paraguay menciona "durante o inmediatamente después del parto (art. 105, inc. 3°); Uruguay posee una legislación más clara en este aspecto, por cuanto el sujeto pasivo del ilícito debe ser un niño "menor de tres días" (art. 3131), expresión similar al Código Penal boliviano que prevé que la acción debe tener lugar "durante el parto o hasta tres días después" (art. 258); igual disposición prevé la legislación penal de Costa Rica que atenúa la muerte del niño solo cuando haya tenido lugar "dentro de los tres días siguientes" al nacimiento (art. 113); así también Honduras tipifica el infanticidio cuando la muerte se produzca sobre el niño "que no haya cumplido tres días de nacido" (art. 123) y Cuba admite el homicidio atenuado, siempre que la muerte del niño ocurra "dentro de las setenta y dos horas posteriores al parto (art. 264, inc. 2°). La ley chilena es un poco más estricta, puesto que si bien presenta una regulación similar, circunscribe la comisión del delito "dentro de las cuarenta y ocho horas después del parto" (art. 394) mientras que la ley colombiana presenta uno de los plazos más amplios al atenuar el delito si la muerte ocurrió "durante el nacimiento o dentro de los ocho días siguientes" (art. 328). Un rasgo particular existe en el Código Penal de El Salvador, dado que además de contemplar que el homicidio ocurra "durante el nacimiento o dentro de las setenta y dos horas subsiguientes", aunque exige que se haya cometido en "un estado de emoción violenta que las circunstancias hicieren excusable" (art. 155).

(36) FONTÁN BALESTRA, CARLOS, *op. cit.*, p. 193, en igual sentido, Bonnet citado en GARCÍA MAAÑÓN, ERNESTO y BASILE, ALEJANDRO ANTONIO, *Aborto e infanticidio, Aspectos jurídicos y médico legales*, Bs. As., Universidad, 1990, p. 190.

(37) LEVENE, RICARDO (H.), *op. cit.*, p. 352.

(38) CASTEX, MARIANO, *op. cit.*, p. 58.

(39) La ley inglesa recepta un requisito como factor de influencia en la psiquis de la mujer prevista en la disposición en el "Infanticide Act" de 1938 que establece: "cuando una mujer por cualquier acto voluntario o por omisión, cause la muerte de su hijo que tenga menos de doce meses, pero en el momento de la acción o de la omisión, presente perturbaciones mentales a causa del nacimiento o por los efectos causados por la situación de lactancia, aunque las circunstancias fueran tales que la conducta pudiera calificarse como asesinato, será culpable de infanticidio y se le aplicará la pena establecida para el delito de homicidio involuntario del niño". Ver HUBER, BÁRBARA, *op. cit.*, p. 138.

(40) NÚÑEZ, RICARDO, *Derecho Penal Argentino*, Parte Especial, III, Bs. As., Editorial Bibliográfica Argentina, 1961, p. 165.

Algunas resoluciones de la justicia civil fijaron su extensión en sesenta días por entender que este es el motivo por el cual el art. 317 CC<sup>(41)</sup> permite el arrepentimiento para los padres biológicos que entregan a su hijo en adopción. Así, luego de ese plazo se concede la guarda, previa citación de los progenitores para que presten su consentimiento, poniendo de manifiesto que este es el período prudente para amparar a quien tomó la decisión en ese contexto.<sup>(42)</sup> Otra jurisprudencia sostuvo que su duración es de hasta seis u ocho semanas después del parto.<sup>(43)</sup>

Este estado se encontraba reconocido en la anterior redacción del art. 81 inc. 2º del Código Penal y su derogación fue severamente cuestionada por cierta jurisprudencia que lo consideró un componente que no podía ser soslayado,<sup>(44)</sup> al igual que afirmar que disminuía la autonomía de la voluntad de la madre.<sup>(45)</sup> Una postura más extrema no ha dudado en afirmar la gravedad que ha significado la derogación del infanticidio, criticando el desconocimiento del parlamento al desconocer los efectos del puerperio, sólidamente arraigado en medicina al influir en la capacidad de comprensión de la parturienta.<sup>(46)</sup>

De los fundamentos de la reforma que se propone, se advierte una acertada distinción de las psicosis puerperales. Estas últimas son comunes a la alienación, debido a lo cual la mujer que sufre una patología tal, no solo puede actuar en contra de la vida de su hijo, sino que puede hacerlo contra cualquier bien jurídico. Por esta razón se ha sostenido que quien padece

(41) Art. 317 CC: "Son requisitos para otorgar la guarda: a) Citar a los progenitores del menor a fin de que presten su consentimiento para el otorgamiento de la guarda con fines de adopción. El juez determinará, dentro de los sesenta días posteriores al nacimiento, la oportunidad de dicha citación. No será necesario el consentimiento cuando el menor estuviese en un establecimiento asistencial y los padres se hubieran desentendido totalmente del mismo durante un año o cuando el desamparo moral o material resulte evidente, manifiesto y continuo, y esta situación hubiese sido comprobada por la autoridad judicial. Tampoco será necesario cuando los padres hubiesen sido privados de la patria potestad o cuando hubiesen manifestado judicialmente su expresa voluntad de entregar al menor en adopción..."

(42) CAPEL. ESQUEL, "A., J., A.", 08/07/2004, en *LL Patagonia*, 2005.

(43) CSTCIA. CRIM. 2º NOM. CATAMARCA, en *LLNOA*, 2002, p. 1183.

(44) Voto de los Dres. Fayt y Zaffaroni, en CSJN, "Rec. de hecho Tejerina, Romina Anahí s/ homicidio calificado", fallo cit.

(45) *Ibid.*, voto del Dr. Juan Carlos Maqueda.

(46) C1ª PENAL PARANÁ, Sala I-B., S. V 18/10/2006, en *LLLitoral*, 2007, mayo, 427.

una psicosis puerperal y realiza la conducta no es punible. Si la psicosis fuera fugaz será un trastorno transitorio completo y si es breve o prolongada una variedad de alineación mental.<sup>(47)</sup> Asimismo, la jurisprudencia demuestra que este tipo de psicosis son escasas y su aplicación no es tan clara.<sup>(48)</sup>

Dado que no existe un criterio científico uniforme respecto de la duración del estado puerperal, es atendible que se someta su existencia a examen pericial. Debe destacarse, sin embargo, que este aspecto puede generar más de un inconveniente, ya que no siempre los informes técnicos se realizan de manera inmediata,<sup>(49)</sup> siendo este un aspecto indispensable.

La reincorporación de la figura debe ser entendida como un logro en los derechos de la mujer; ello no importa el “permiso” para la realización de un hecho lamentable, sino el marco de legalidad para ser juzgada acorde a las circunstancias que la llevaron a su realización.

.....

(47) Bonnet citado en *García Maañón, Ernesto y Basile, Alejandro Antonio, op. cit.*, p. 108.

(48) En precedentes de vieja data, el criterio que sostuvo la incapacidad de culpabilidad en la madre que se encuentra en este período es notoriamente variable. Como ejemplo de lo dicho resulta la distinta valoración jurídica que recibió un hecho cuya sentencia, dictada el 09/09/1947 por la Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional, revocó la decisión del juez de primera instancia que había declarado la inimputabilidad de una empleada doméstica llegada a Buenos Aires con tres meses de embarazo desde Entre Ríos, su provincia natal. La mujer había sido sometida a proceso por haber ocasionado la muerte de su hijo recién nacido. La primera decisión se basó en un dictamen médico que determinó que la joven no podía comprender la criminalidad del acto ejecutado. El Tribunal de Alzada se apartó de este criterio al sostener que la madre había actuado en estado de confusión característico del puerperio, y que ello no constituía una alteración de sus facultades mentales que excluyeran su capacidad de culpabilidad. Para sustentar dicha postura, los jueces valoraron que la mujer recordaba la elección y el uso del arma con que ultimó al niño, las etapas de la ejecución y las precauciones que adoptó para evitar que se descubra el embarazo. Como el requisito típico temporal dado por el estado puerperal se encontraba acreditado, solo se analizó el restante elemento de la figura típica: el honor de la mujer. El componente fue identificado como la causal que determinó a la madre a actuar llevada por la angustia del deshonor que implicaría la publicidad del nacimiento y que se encontraba acreditado en virtud de que la mujer se había ido de su pueblo natal antes de que se conociera el embarazo, que durante su permanencia en el hogar donde trabajaba no mantuvo relaciones con nadie y nunca salió y que el parto era ignorado por la madre de la imputada. Otra conclusión interesante del precedente que se comenta radica en la afirmación de que no era determinante para considerar deshonesto a la mujer el hecho de que su empleador supiera de su estado, dado que el argumento debe tener lugar en el ámbito donde la mujer actúa, y que su espacio relacional no era aquel donde prestaba funciones laborales, sino en donde estaba su familia, su hogar y sus amigos. Fallo transcrito por Martínez Vivot, J., *op. cit.*, p. 143.

(49) Ver por ejemplo el considerando 13 del voto de los Dres. Zaffaroni y Fayt en CSJN, “Rec. de hecho Tejerina, Romina Anahí s/ homicidio calificado”, fallo cit. En este caso, el dictamen técnico pericial de oficio se realizó diez meses después del suceso.

Es por ello que la interpretación del estado puerperal debe distinguirse de los alcances meramente temporales que le asignaban Soler,<sup>(50)</sup> Fontán Balestra,<sup>(51)</sup> Molinario<sup>(52)</sup> y Gómez<sup>(53)</sup> y ser interpretado además como un elemento reductor de la capacidad de culpabilidad de la mujer.

En la actualidad, el estado puerperal parece estar más vinculado a coyunturas de distinta índole que propiciaron el ilícito y no a considerarlo solo como su causa.

La llegada de un recién nacido cambia las costumbres de la mujer —y su familia— para toda la vida. Pero dado que el niño estuvo durante nueve meses en el seno materno, es ella quien puede percibir de manera precisa los cambios físicos producidos por esa separación que, afortunadamente, no siempre es traumática.

La responsabilidad que implica el saber que desde el nacimiento la vida del bebé depende de su progenitora es, sin lugar a dudas, una circunstancia conmovedora, que al conjugarse con ciertas características personales de la madre pueden provocar sentimientos contrarios. Las condiciones personales, fisiológicas, psicológicas, éticas, socioculturales, educativas y económicas son, sin duda, un aspecto medular de la conducta.

## 5 | La pena

La propuesta fija un marco punitivo mínimo que tiene en cuenta una circunstancia tratada por la doctrina: la madre filicida puede recibir o no rechazo social, pero en general, según el caso, es común que sea más digna de compasión que de temor,<sup>(54)</sup> lo que la distingue de otros autores, por

.....

(50) SOLER, SEBASTIÁN, *op. cit.*, p. 94.

(51) FONTÁN BALESTRA, CARLOS, *op. cit.*, p. 183.

(52) MOLINARIO, ALFREDO, actualizado por Aguirre Obarrio, E., *Los Delitos*, t. I., Bs. As., TEA, 1996, p. 159.

(53) Eusebio Gómez, citado por GARCÍA MAAÑÓN, ERNESTO y BASILE, ALEJANDRO ANTONIO, *op. cit.* p. 99.

(54) El Tribunal Superior de la Provincia de Córdoba confirmó en el mes de marzo de 2010 la absolución de una joven madre, quien fue juzgada por la Cámara en lo Criminal y Correccional de Villa Dolores, con la integración de jurados populares. Tanto la mayoría del

lo que en estas condiciones y desde el punto de vista de la prevención general, la pena no tiene asidero.

Por otra parte, más allá de que alguna minoría reclame en estos casos la aplicación de sanción por motivos esencialmente retributivos, debería aceptarse el convencimiento de los beneficios del derecho penal mínimo, que en presencia de ciertas condiciones, permitiría el reemplazo de la pena por medidas alternativas o formas de ejecución alternativas a la privación de libertad.

Esta circunstancia, tal como se ha sostenido en otras oportunidades,<sup>(55)</sup> constituye un beneficio para la autora y su núcleo familiar, atendiendo a que toda persona tiene necesidades afectivas, sociales, laborales, económicas y de salud que el ordenamiento jurídico no puede dejar de contemplar.

La mínima intervención en este caso permite tener en consideración además que si la madre fuera privada de libertad, se afectaría su vínculo con otros hijos si los hubiera, siendo más dificultoso cumplir con designios de las normativas internacionales vigentes en materia de mujeres privadas de libertad.

---

.....

jurado como la del Tribunal originario entendieron que la mujer había actuado en estado de inconsciencia (TSJ CÓRDOBA, Sala Penal, "M. D. E. s/ homicidio calificado por el vínculo", 05/03/2010).

(55) MORALES DEGANUT, CAROLINA, "Ejecución Penal. Alternativas para situaciones especiales", en Zulita Fellini (dir.), *Derecho de Ejecución Penal*, Bs. As., Hammurabi, 2006, p. 306.





# El delito de genocidio en el Anteproyecto del Código Penal

## El problema de las fuentes y sus jerarquías en la configuración de la estructura típica de la figura

por **BRUNO NETRI**<sup>(1)</sup>

### I | Introducción

La Comisión para la Elaboración del Proyecto de Ley de Reformas, Actualización e Integración del Código Penal de la Nación (en adelante, Comisión Elaboradora), creada por decreto del Poder Ejecutivo Nacional 678/2012<sup>(2)</sup> del 07/05/2012, comenzó a desarrollar sus trabajos a partir de mediados de ese mes; y concluyó su labor con la firma del Anteproyecto<sup>(3)</sup> en cuestión el día 10/12/2013.

.....

(1) Abogado (UCA). Profesor Superior en Ciencias Jurídicas (UCA). Magíster en Integración y Cooperación Internacional (UNR - Tesis sobre cooperación jurídica internacional en materia penal en los procesos de integración regional). Ex Becario de Postgrado Tipo I (CONICET). Docente de Derecho Internacional Público (UCA Rosario) y Derecho Penal Parte Especial (UCA Rosario).

(2) BO 08/05/2012.

(3) Comisión para la Elaboración del Proyecto de Ley de Reforma, Actualización e Integración del Código Penal de la Nación, Anteproyecto de Código Penal de la Nación, [en línea] <http://www.infojus.gob.ar/docs-f/anteproyecto/anteproyecto-codigo-penal.pdf>, marzo 2014.

Este Anteproyecto, fruto del consenso, constituye en términos generales, sin lugar a dudas, una sistematización racional, consistente y ordenada del derecho punitivo sustantivo, con una definida teleología contentora y reductora del poder punitivo, afín con mandatos constitucionales.

De allí que, de acuerdo con los principios de **legalidad estricta, responsabilidad, culpabilidad, ofensividad, humanidad, personalidad y proporcionalidad**, reconocidos expresamente en su art. 1º, excluye primeramente toda posibilidad de manipulación autoritaria de la propia idea de legalidad, exigiendo la estrictez legislativa. Asimismo, elimina toda posibilidad de responsabilidad objetiva y de *versari in re illicita*; además, excluye el reproche de personalidad prescindiendo, así, de un concepto perturbador y genealógicamente incompatible con la Constitución Nacional, injertado en las concepciones racistas de hace más de un siglo.

Paralelamente, excluye los llamados delitos de **mera infracción al deber**, característicos de la doctrina totalitaria del siglo XX (que pretendió hacer de esa infracción la esencia misma de todo delito); a la vez que excluye el nebuloso concepto de **peligro abstracto** (que permitió tradicionalmente apelar a peligros muy remotos o, inclusive, inexistentes, mediante una presunción *juris* de peligro) a la afectación de un bien jurídico como requisito o presupuesto suficiente de la intervención punitiva del Estado. También reconoce que si bien toda pena implica dolor, este no puede perder su proporcionalidad con la lesión y la culpabilidad pues, consecuentemente, elimina la reclusión como pena y la limita a la prisión, multa e inhabilitación y, en su caso, las alternativas.

Bajo los citados criterios rectores y sus lógicas proyecciones, el Anteproyecto consagra, así, entre otros delitos, uno que merece especial atención y tratamiento por la aberrante atrocidad y el devastador impacto que tuvo en la historia de la humanidad y, particularmente, durante el pasado siglo XX, negador de la humanidad en sí misma considerada: el delito de **genocidio** previsto liminarmente en su Parte Especial, concretamente, en el art. 64, ubicado bajo el Capítulo I, que lleva por epígrafe: "Genocidio, desaparición forzada de personas y otros crímenes contra la humanidad"; correspondiente al Título I, intitulado: "Delitos contra la Humanidad"; perteneciente a su Libro Segundo, De los delitos, en particular; estableciéndose que:

ARTÍCULO 64.- Genocidio. Se impondrá prisión de veinte (20) a treinta (30) años, al que con la finalidad de destruir total o parcialmente a un grupo de personas, identificado con criterio discriminatorio, perpetrare alguno de los siguientes hechos:

- a. Matanza de miembros del grupo.
- b. Lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo.
- c. Sometimiento del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial.
- d. Adopción de medidas destinadas a impedir nacimientos en el seno del grupo.
- e. Traslado por la fuerza de individuos del grupo a otro grupo.

Esta figura penal, de acuerdo a la exposición de motivos de la Comisión Elaboradora del Anteproyecto, reconoce como "antecedente" la estructura típica consagrada en normas jurídicas de derecho internacional sobre la materia y, a partir de allí, "amplía" conscientemente su tipicidad objetiva, concretamente, en cuanto al sujeto pasivo se refiere. De tal suerte que, en definitiva, al menos en este delito en concreto se amplía, sin dudas, el poder punitivo del Estado en lugar de recortarlo.

Paralelamente a lo señalado, este tipo penal que recepta el Anteproyecto, debido a la técnica "legislativa" empleada en la redacción de su texto, acarrea también otros serios e interesantes interrogantes que merecen cuidadosa atención en cuanto refieren a su configuración pues, por un lado, "exige" incorrectamente, a los fines consumativos, la pluralidad de resultados típicos además de que, por su propia estructura típica, constituye una ley penal en blanco (tipo abierto) que requiere, para su complementación, de una necesaria remisión a normas extrapenales (elemento normativo del tipo); circunstancias, todas ellas, que son también de problemática constitucionalidad y discutida coherencia interna.

Para un correcto tratamiento de las cuestiones sometidas a estudio y sus proyecciones penales, corresponde adentrarnos, primeramente, en la consideración de los elementos estructurales objetivos y subjetivos del tipo penal de trato y de los motivos expuestos al respecto por la Comisión Elaboradora; así, y recién entonces, definir el contenido y el alcance de la figura en cuestión según las normas jurídicas internacionales intrincadas

sobre la materia vinculantes para nuestro país y sus relaciones jerárquicas internas, concretamente, el Estatuto de Roma, la Convención para la Prevención y Represión del Delito de Genocidio, y la relación entre ambos; todo ello, a fin de emitir un juicio valorativo acerca de la estructura típica que recepta el Anteproyecto y su adecuación, o no, a normas supralegales y constitucionales.

## 2 | El genocidio en el Anteproyecto

Como decíamos, en todos los períodos de la historia, lamentablemente, ha existido el genocidio, una de las barbaries más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto y de las que muchos de los llamados “países civilizados” no han sido ajenos; responsable de que millones de niños, mujeres y hombres hayan sido víctimas de atrocidades que desafían aún hoy la imaginación y conmoverán profundamente por siempre la conciencia de la humanidad. En esencia, el genocidio ha sido y es la cruel y absurda **negación** de la realidad de que todos los pueblos estamos unidos por estrechos lazos y que nuestras culturas configuran un patrimonio común que debemos preservar y promover.

Por ello no es casualidad que el Anteproyecto, haciéndose eco de esa condenable **negación**, el “primer” delito que tipifica en su Parte Especial es, ni más ni menos, el genocidio; y lo hace previéndole la pena más grave admitida en el texto (prisión de veinte a treinta años)<sup>(4)</sup> y de conformidad con lo prescripto por normas supralegales para la República Argentina,<sup>(5)</sup> previstas concretamente en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (en adelante, Estatuto de Roma).<sup>(6)</sup>

De acuerdo al texto del Anteproyecto, **objetivamente**, esta figura penal se reduce a cinco “acciones típicas” concretas, diferentes e independientes entre sí, cuyos contenidos y extensiones no ofrecen ninguna problemática,

.....

(4) Ver art. 64, Anteproyecto de Código Penal de la Nación, *op. cit.*

(5) Ver art. 75, inc. 22, primer párrafo, CN.

(6) Ver art. 77 1 a), Estatuto de Roma: “La Corte podrá, con sujeción a lo dispuesto en el artículo 110, imponer a la persona declarada culpable de uno de los crímenes a que se hace referencia en el artículo 5 del presente Estatuto una de las penas siguientes: a) La reclusión por un número determinado de años que no exceda de 30 años;...”.

por lo que no merecen mayores precisiones. Mas sí señalar que estas cinco acciones típicas son las mismas que preceptúan el art. 2° de la Convención para la Sanción y Prevención del Delito de Genocidio (en adelante, Convención contra el Genocidio) y el art. 6° del Estatuto de Roma consistentes sucintamente en: a) matar; b) lesionar gravemente; c) someter a condiciones de existencia que acarreen la destrucción física; d) adoptar medidas para impedir nacimientos; y e) trasladar forzosamente.

Empero, este *numerus clausus* de acciones típicas definidas, por otro lado, en el Anteproyecto se tipifica que estas se dirijan, ya en cuanto al “sujeto pasivo” se refiere, contra “cualquier” grupo de personas **identificadas con criterio discriminatorio**, perdiendo así completitud. De suerte que quedarían comprendidos como víctimas, no solo un “grupo” **nacional, étnico, racial o religioso** en cuanto a tal, criterio seguido por las normas jurídicas internacionales precitadas, sino que también correspondería incluir, por ejemplo, a un “grupo” **político, ideológico, gremial, social**, hasta incluso un “grupo” de **género, orientación sexual, cultural, etario, de capacidades diferentes** y cualquier otro. En definitiva, quedarían abarcados **abiertamente** por el tipo “cualquier grupo con identidad propia” a cuyos miembros se los considere “humanamente inferiores”.

Al respecto, la Comisión Elaboradora, de acuerdo a la exposición de motivos, entendió —partiendo de una premisa **genéricamente** correcta, aunque no **particularmente** aplicable ni operativa para la República Argentina como veremos en el apartado 3 de este texto, siendo su conclusión lógicamente incoherente— que el concepto que proporciona el derecho internacional sobre la materia, circunscripto a un **grupo nacional, étnico, racial o religioso** en cuanto a tal, impone a los Estados la sanción del delito de genocidio; empero estos bien pueden “ampliar” la tipicidad, conforme al ejercicio de su soberanía considerando, así, que solo sería violatorio del derecho internacional una definición más estrecha del ámbito típico.

En ese orden de ideas, la Comisión Elaboradora destacó que han sido muchos los países que en su legislación nacional definieron este delito de modo más amplio que la definición internacional “enunciando” al respecto, como ejemplos concretos, los casos de: Bangladesh, Bolivia, Paraguay, Colombia, Costa Rica, Eslovenia, Uruguay y Francia.

Sin embargo, analizados con detenimiento los casos enunciados, observamos que solo parcialmente es cierto que tales países ampliaron la estructura típica del genocidio pues, en algunos casos, la redujeron y cuando la extendieron, ya sea las acciones típicas, ya sea los sujetos pasivos, ya sea ambos, en puridad, lo hicieron respetando siempre la máxima taxatividad legal, con excepción de Francia.

En efecto, curiosamente el Código Penal de Francia,<sup>(7)</sup> no obstante su tradición normativa en la materia, es el único que no se compadece con una rigurosa exégesis propia del derecho punitivo, en tanto amplía **abiertamente** la tipicidad objetiva de la figura, extendiendo indiscriminadamente los “sujetos pasivos” a cualquier **grupo definido con base en cualquier criterio arbitrario**.

Por el contrario, los demás países citados toman como **referencia** los “cuatro grupos identitarios” definidos con precisión por las señaladas normas jurídicas internacionales (**grupo nacional, étnico, racial o religioso**); y, sobre esa **referencia** jurídica internacional, el Código Penal boliviano<sup>(8)</sup> los reduce a tres, excluyendo el grupo racial. Asimismo, el Código Penal del

(7) Ver art. 211-1, ley 2004-800, 06/08/2004, Diario Oficial del 07/08/2004. Documento en idioma original, [en línea] [http://www.legifrance.gouv.fr/telecharger\\_pdf.do?cidTexte=LEGITEXT000006070719](http://www.legifrance.gouv.fr/telecharger_pdf.do?cidTexte=LEGITEXT000006070719), consultado el 28/10/2014 (la traducción nos pertenece): “Constituye genocidio el hecho de, en ejecución de un plan concertado tendiente a la destrucción total o parcial de un grupo nacional, étnico, racial o religioso, o de un grupo definido con base en cualquier otro criterio arbitrario, cometer o hacer cometer contra los miembros del grupo alguno de los actos siguientes:

- atentado voluntario contra la vida;
- atentado grave contra la integridad física o psíquica;
- sometimiento a condiciones de existencia susceptibles de provocar la destrucción total o parcial del grupo;
- medidas para obstaculizar los nacimientos;
- traslado forzoso de niños.

El genocidio será castigado con reclusión criminal perpetua.

Los dos primeros apartados del artículo 132-23 relativo al periodo de seguridad se aplicarán al crimen previsto por el presente artículo”.

(8) Ver art. 138, ley 1768/1997, [en línea] [http://www.oas.org/juridico/mla/sp/bol/sp\\_bol-int-text-cp.html](http://www.oas.org/juridico/mla/sp/bol/sp_bol-int-text-cp.html), consultado el 28/10/2014: “El que con propósito de destruir total o parcialmente un grupo nacional, étnico o religioso, diere muerte o causare lesiones a los miembros del grupo, o los sometiere a condiciones de inhumana subsistencia, o les impusiere medidas destinadas a impedir su reproducción, o realizare con violencia el desplazamiento de niños o adultos hacia otros grupos, será sancionado con presidio de diez a veinte años. En la misma sanción incurrirán el o los autores, u otros culpables directos o indirectos de masacres sangrientas en el país. Si el o los culpables fueren autoridades o funcionarios públicos, la pena será agravada con multa de cien a quinientos días”.

Paraguay<sup>(9)</sup> también excluye al grupo racial, pero incluye, en su lugar, al grupo social. El Código Penal de Costa Rica,<sup>(10)</sup> por su parte, excluye al grupo étnico e incluye, en su lugar, al grupo político. En cambio, el Código Penal de Colombia<sup>(11)</sup> y el de la República Popular de Bangladesh<sup>(12)</sup>

(9) Ver art. 319, ley 1160/1997, [en línea] [http://www.oas.org/dil/esp/Codigo\\_Penal\\_Paraguay.pdf](http://www.oas.org/dil/esp/Codigo_Penal_Paraguay.pdf), consultado el 28/10/2014: "El que con la intención de destruir, total o parcialmente, una comunidad o un grupo nacional, étnico, religioso o social:

1. matara, lesionara gravemente a miembros del grupo,
2. sometiera a la comunidad a tratamientos inhumanos o condiciones de existencia que puedan destruirla total o parcialmente,
3. trasladara, por fuerza o intimidación a niños o adultos hacia otros grupos o lugares ajenos a los de su domicilio habitual,
4. imposibilitara el ejercicio de sus cultos o la práctica de sus costumbres,
5. imposibilitara medidas para impedir los nacimientos dentro del grupo, y
6. forzara a la dispersión de la comunidad, será castigado con pena privativa de libertad no menor de cinco años".

(10) Ver art. 375, ley 4573, [en línea] [http://www.oas.org/dil/esp/Codigo\\_Penal\\_Costa\\_Rica.pdf](http://www.oas.org/dil/esp/Codigo_Penal_Costa_Rica.pdf), consultado el 28/10/2014: "Se impondrá prisión de diez a veinticinco años, a quien tome parte con propósito homicida, en la destrucción total o parcial de un determinado grupo de seres humanos, por razón de su nacionalidad, raza, o creencia religiosa o política. Con idéntica pena será sancionado quien:

- 1) Causare a los miembros de esos grupos graves daños corporales o psíquicos;
- 2) Colocare a dichos grupos en condiciones de vida tan precaria, que haga posible la desaparición de todos o parte de los individuos que los constituyen;
- 3) Tomare medidas destinadas a impedir los nacimientos dentro de esos grupos; y
- 4) Traslada, por medio de fuerza o intimidación, niños de uno de esos grupos a otros distintos".

(11) Ver art. 101, ley 599/2000, [en línea] [http://www.oas.org/dil/esp/Codigo\\_Penal\\_Colombia.pdf](http://www.oas.org/dil/esp/Codigo_Penal_Colombia.pdf), consultado el 28/10/2014: "El que con el propósito de destruir total o parcialmente un grupo nacional, étnico, racial, religioso o político que actúe dentro del marco de la ley, por razón de su pertenencia al mismo, ocasionare la muerte de sus miembros, incurrirá en prisión de treinta (30) a cuarenta (40) años; en multa de dos mil (2000) a diez mil (10.000) salarios mínimos mensuales legales vigentes y en interdicción de derechos y funciones públicas de quince (15) a veinte (20) años.

La pena será de prisión de diez (10) a veinticinco (25) años, la multa de mil (1000) a diez mil (10.000) salarios mínimos mensuales legales vigentes y en interdicción la interdicción de derechos y funciones públicas de cinco (5) a quince (15) años cuando con el mismo propósito se cometiere cualquiera de los siguientes actos:

1. Lesión grave a la integridad física o mental de miembros del grupo.
2. Embarazo forzado.
3. Sometimiento de miembros del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial.
4. Tomar medidas destinadas a impedir nacimientos en el seno del grupo.
5. Traslado por la fuerza de niños del grupo a otro grupo".

(12) Ver § 3, The International Crimes (Tribunals) Act, N° XIX, 1973. Documento en idioma original [en línea] [http://bdlaws.minlaw.gov.bd/print\\_sections\\_all.php?id=435](http://bdlaws.minlaw.gov.bd/print_sections_all.php?id=435), consultado

mantienen los “cuatro grupos identitarios” definidos internacionalmente y agregan, además, un quinto grupo, el político; mientras que el Código Penal de la República de Eslovenia,<sup>(13)</sup> además del referido quinto grupo político, agrega también un sexto, el social. Finalmente, la República Oriental del Uruguay<sup>(14)</sup> amplía el número de grupos identitarios víctimas del genocidio a trece, pero lo hace, reiteramos, con precisión y

el 28/10/2014 (la traducción nos pertenece): “(1) Un Tribunal tendrá el poder de juzgar y castigar a cualquier individuo o grupo de individuos, [u organización,] o cualquier miembro de una armada, defensa o fuerzas auxiliares, independientemente de su nacionalidad, que cometa o haya cometido, en el territorio de Bangladesh, ya sea antes o después de la vigencia de este Acto, cualquiera de los crímenes mencionados en la sub-sección (2).

(2) Los siguientes actos o cualquiera de ellos son crímenes dentro de la jurisdicción de un Tribunal para el cual habrá responsabilidad individual, a saber:

- (a) Crímenes contra la humanidad: (...);
- (b) Crímenes contra la Paz: (...);
- (c) Genocidio: el cual significa e incluye cualquiera de los actos siguientes cometidos con intención de destruir, en todo o en parte, un grupo nacional, étnico, racial, religioso o político, como:
  - (i) matanza de miembros del grupo;
  - (ii) causar lesiones graves corporales o mentales a miembros del grupo;
  - (iii) someter deliberadamente al grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial;
  - (iv) imponer medidas destinadas a prevenir nacimientos en el seno del grupo;
  - (v) trasladar forzosamente a niños del grupo a otro grupo;
- (d) Crímenes de guerra: (...)”.

(13) Ver art. 373, Código Penal de 1994, *Official Gazette RS*, N° 55/2208. Documento en idioma original, [en línea] [http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file\\_id=180913](http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=180913), consultado el 28/10/2014 (la traducción nos pertenece): “(1) El que, con la intención de destruir, en todo o en parte, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, dé órdenes de matar a los miembros del grupo, de infligir heridas severas corporales sobre ellos, de lesionar seriamente su salud mental o corporal, de desplazar forzosamente la población, de infligir en el grupo condiciones de vida que deliberadamente causen su destrucción física en todo o en parte, de imponer medidas para prevenir nacimientos dentro del grupo, o de trasladar forzosamente a los niños del grupo a algún otro grupo, o el que, con la misma intención, comete cualquiera de los actos enunciados, será condenado al encarcelamiento de no menos de diez años o al encarcelamiento de treinta años.

(2) El que cometa cualquiera de los actos previstos en el párrafo anterior contra cualquier grupo social o político será sujeto a la misma pena.

(3) Quien incite o llame a la directa comisión de alguno de los delitos de este artículo será sujeto a la misma pena”.

(14) Ver art. 16, Ley 18.026 de Cooperación con la Corte Penal Internacional en Materia de Lucha Contra el Genocidio, los Crímenes de Guerra y de Lesa Humanidad: “El que con la intención de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial, religioso, político, sindical, o a un grupo con identidad propia fundada en razones de género, orientación sexual, culturales, sociales, edad, discapacidad o salud, perpetrare alguno de los actos mencionados a continuación, será castigado con quince a treinta años de penitenciaría:



taxativamente, agregando además de todos los ya señalados, los grupos sindicales, de género, orientación sexual, culturales, edad, discapacidad y salud.

Por otra parte, ya en cuanto al número de “acciones típicas” del genocidio se refiere, la República Popular de Bangladesh<sup>(15)</sup> y el Código Penal de la República de Eslovenia<sup>(16)</sup> mantienen las “cinco” acciones típicas definidas internacionalmente; mientras que el Código Penal del Paraguay<sup>(17)</sup> las amplía, al igual que el Código Penal boliviano,<sup>(18)</sup> el Código Penal de Colombia,<sup>(19)</sup> la República Oriental del Uruguay<sup>(20)</sup> y el Código Penal de Costa Rica.<sup>(21)</sup> Sin embargo, en todos estos casos las ampliaciones de las “acciones típicas” se hicieron empleando términos precisos y taxativamente reducido a un número determinado y cierto de conductas.

En definitiva, ninguno de estos últimos casos analizados, **en principio** “antecedentes” válidos a seguir por nuestro país, habilita al intérprete ni al operador a ampliar la estructura típica del delito de genocidio. Por el contrario, y más allá del diferente contenido y extensión dado por cada uno

.....

- a) Homicidio intencional de una o más personas del grupo.
- b) Tortura, desaparición forzada, privación de libertad, agresión sexual, embarazo forzado, sometimiento a tratos inhumanos o degradantes o lesiones graves contra la integridad física o mental de una o más personas del grupo.
- c) Sometimiento intencional de una o más personas del grupo, a privaciones de recursos indispensables para su supervivencia; a una perturbación grave de salud; a la expulsión sistemática de sus hogares o a condiciones de existencia que puedan impedir su género de vida o acarrear su destrucción física, total o parcial o del grupo.
- d) Medidas destinadas a impedir nacimientos en el seno del grupo.
- e) Traslado por la fuerza o bajo amenazas de uno o más miembros del grupo a otro grupo, o el desplazamiento del grupo del lugar donde está asentado”, [en línea] <http://www.parlamento.gub.uy/leyes/ AccesoTextoLey.asp?Ley=18026&Anchor=>, consultado el 28/10/2014.

(15) Ver nota n° 12.

(16) Ver nota n° 13.

(17) Ver nota n° 9.

(18) Ver nota n° 8.

(19) Ver nota n° 11.

(20) Ver nota n° 14.

(21) Ver nota n° 10.

de ellos a este tipo penal en particular, lo cierto es que de acuerdo a sus respectivas previsiones legales fijan límites ciertos, contentores y reductores del poder punitivo, en todos los casos.

En cambio, volviendo al Anteproyecto, cabe reconocer que no obstante la loable intención que guió a la Comisión Elaboradora de no dejar impune ninguna conducta aberrante discriminatoria hacia un grupo identitario, en rigor, consagra en este aspecto una ley penal en blanco; a la vez que, paralelamente, exige al intérprete tener que acudir a una valoración ética y/o jurídica del término **discriminatorio**; todo lo cual, a diferencia de la absoluta mayoría del derecho comparado analizado, en cualesquiera de los casos, atenta francamente contra el principio de legalidad estricta y el consecuente carácter exegético de nuestra ciencia penal.

Por otra parte, aunque igualmente vinculado a lo anterior, se agrega otra cuestión en relación al Anteproyecto. Todas las acciones típicas que consagra reclaman, a su vez, a los fines consumativos, la "causación de resultados múltiples", al menos dos. Nótese, al respecto, que el tipo penal exige siempre que "miembros" o "individuos" del grupo padezcan las consecuencias dañosas del accionar típico perpetrado. De suerte que, por ejemplo, si por circunstancias ajenas a la voluntad del autor, este solo logra matar a un único miembro del grupo identitario, deberá ser penado conforme a la escala del delito consumado reducida a la mitad del mínimo y a dos tercios del máximo;<sup>(22)</sup> y más absurdo aún, si luego de haber matado a un miembro de un grupo identitario el autor desiste voluntariamente de matar a otros de ese grupo, este no estará sujeto siquiera a ninguna pena.<sup>(23)</sup>

En función de lo expuesto, consideramos que corresponderían leves ajustes críticos al texto del art. 64 del Anteproyecto en cuanto tipifica el delito de genocidio. Concretamente, sustituir ante todo la enunciación "grupo de personas, identificado con criterio discriminatorio" y reemplazarlo por la enunciación de grupos concretos, determinados y definidos cerradamente; a los fines de lograr la máxima taxatividad legal de la norma en cuestión, congruente con la construcción teleológica del sistema acotante

.....

(22) Ver art. 7.1, Anteproyecto de Código Penal de la Nación, cit.

(23) Ver art. 7.2, Anteproyecto de Código Penal de la Nación, cit.

o limitador del Anteproyecto. Asimismo, correspondería sustituir también —en cada uno de sus incisos— los términos “miembros” e “individuos” por la frase “uno o más miembros”; a los fines de evitar absurdos prácticos, no obstante su logicidad teórica. Todo ello, conforme el criterio que sigue, por ejemplo, la República Oriental del Uruguay, que por cierto tuvo en consideración la Comisión Elaboradora, de acuerdo a la exposición de motivos que acompaña al Anteproyecto.

Por último, **subjectivamente**, el tipo penal no ofrece confusión ni crítica alguna. Al respecto, exige claramente, como rasgo distintivo y en concordancia con el derecho comparado reseñado, un elemento subjetivo del tipo, distinto del dolo, de tendencia interna trascendente (ultraintencionalidad), consistente en que cualesquiera de las cinco acciones típicas, previstas taxativamente, sean perpetradas con la intención de destruir, total o parcialmente, al grupo **identitario discriminado**.

### 3 | Fuentes internacionales vinculantes para la República Argentina y sus jerarquías en el ordenamiento jurídico interno

Conforme advertimos ya en el *introito*, la Comisión Elaboradora del Anteproyecto, a los fines de definir los elementos estructurales típicos del delito de genocidio, reconoce expresamente en su exposición de motivos haber tomado como “antecedente” lo consagrado sobre la materia por normas jurídicas del derecho internacional y, a partir de allí, “amplió” su tipicidad en relación a los “sujetos pasivos”, conforme analizamos críticamente en el apartado anterior.

Corresponde ahora, pues, analizar críticamente, ya no la coherencia interna de la figura en relación al Anteproyecto ni su cotejo con el derecho comparado, sino su convencionalidad y constitucionalidad en relación al ordenamiento jurídico positivo argentino.

En ese orden de ideas, cabe liminarmente señalar que los “antecedentes internacionales” considerados expresamente por la Comisión Elaboradora

fueron, en concreto, la Convención contra el Genocidio;<sup>(24)</sup> el Estatuto de Roma;<sup>(25)</sup> el Estatuto del Tribunal Internacional para Juzgar a los Presuntos Responsables de Graves Violaciones del Derecho Internacional Humanitario cometidas en el Territorio de la ex-Yugoslavia a partir de 1991;<sup>(26)</sup> el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda;<sup>(27)</sup> el Informe

(24) Ver su art. II: “En la presente Convención, se entiende por genocidio cualquiera de los actos mencionados a continuación, perpetrados con las intención de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal:

- a) Matanza de miembros del grupo;
- b) Lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo;
- c) Sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial;
- d) Medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo;
- e) Traslado por fuerza de niños del grupo a otro grupo”, (aprob. originariamente por el gobierno provisional de la República Argentina mediante decreto ley 6286/1956 del PEN, emitido el 09/01/1956 y publicado en BO el 25/04/1956, ratificado, luego, por el gobierno de *iure* mediante ley 14.467 (sancionada el 05/09/1958, promulgada el 23/09/1958 y publicada en BO el 29/09/1958); finalmente, con jerarquía constitucional en función del art. 75 —inc. 22, párrafo segundo— de la CN a partir de su reforma de 1994).

(25) Ver su art. 6º: “A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por ‘genocidio’ cualquiera de los actos mencionados a continuación, perpetrados con la intención de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal:

- a) Matanza de miembros del grupo;
- b) Lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo;
- c) Sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial;
- d) Medidas destinadas a impedir nacimientos en el seno del grupo;
- e) Traslado por la fuerza de niños del grupo a otro grupo”. (aprob. por la República Argentina mediante ley 25.390; sanc. el 30/11/2000; promul. el 08/01/2001 [por aplicación art. 80, CN]; publ. en BO [suplemento] del 23/01/2001).

(26) Tribunal internacional creado por resolución 827, 25/05/1993, del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. Ver su art. 4.2: “Se entiende como genocidio cualquiera de los siguientes actos cometidos con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso en cuanto a tal:

- a) Asesinato de miembros del grupo;
- b) Graves atentados contra la integridad física o psíquica de los miembros del grupo;
- c) Sometimiento intencionado del grupo a condiciones de existencia que conlleven su destrucción física total o parcial;
- d) Medidas para dificultar los nacimientos en el seno del grupo;
- e) Traslados forzosos de niños del grupo a otro grupo”, [en línea] <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/treaty-1993-statute-tribunal-former-yugoslavia-5tdm74.htm>, consultado el 29/10/2014.

(27) Ver su art. 2.2, [en línea] <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/treaty-1994-statute-tribunal-rwanda-5tdmhw.htm>, consultado el 29/10/2014: “Por genocidio se

“Whitaker”<sup>(28)</sup> y la resolución 1983/33 del Consejo Económico y Social de la Organización de las Naciones Unidas.<sup>(29)</sup>

Según todos estos “antecedentes internacionales”, conforme ya adelantamos en el apartado anterior, el delito de genocidio comprende las cinco “acciones típicas” concretas, perpetradas con igual “ultraintencionalidad” determinada, que recepta fielmente el Anteproyecto, en ambos aspectos, **objetivos y subjetivos**.

entenderá cualquiera de los actos que se enumeran a continuación, perpetrados con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal:

- a) Matanza de miembros del grupo;
- b) Lesiones graves a la integridad física o mental de los miembros del grupo;
- c) Sometimiento intencional del grupo a condiciones de vida que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial;
- d) Imposición de medidas destinadas a impedir los nacimientos dentro del grupo;
- e) Traslado por la fuerza de niños del grupo a otro grupo”.

(28) Informe elaborado por Benjamin Whitaker, concluido en 1985, en el que se aborda a través de un Estudio de Campo la Cuestión de la Prevención y el Castigo del Crimen del Genocidio, de conformidad con la resolución 1983/33 del Consejo Económico y Social de Naciones Unidas del 27/05/1983; revisado el 02/07/1985 en su Sesión 38°, E/CN.4/Sub.2/1985/6, [en línea] <http://www.armenews.com/IMG/whitaker.pdf>, consultado el 29/10/2014.

(29) Liminarmente, valga aclarar que la Comisión Elaboradora, en su exposición de motivos que acompaña al Anteproyecto, por error refiere a la resolución 1983/83 de Naciones Unidas; cuando en rigor se trata de la resolución 1983/33 del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, intitulada: “Actualización del estudio sobre la cuestión de la prevención y sanción del crimen de genocidio”, [en línea] <http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=E/1983/83>, consultado el 29/10/2014, p. 25, en la que se expresa que:

“El Consejo Económico y Social,

Teniendo presentes la resolución 1982/2 de 7 de septiembre de 1982 de la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías y la resolución 1983/24 de 4 de marzo de 1983 de la Comisión de Derechos Humanos, relativas a la revisión y actualización del estudio sobre la cuestión de la prevención y sanción del crimen de genocidio,

1. Pide a la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías que nombre a uno de sus miembros Relator Especial, con el mandato de revisar en su totalidad y actualizar el estudio sobre la cuestión de la prevención y sanción del crimen de genocidio, tomando en consideración las opiniones expresadas por los miembros de la Subcomisión y de la Comisión de Derechos Humanos, así como las respuestas de los gobiernos, los organismos especializados y otras organizaciones del sistema de las Naciones Unidas, las organizaciones regionales y las organizaciones no gubernamentales a un cuestionario que preparará el Relator Especial;

2. Pide además a la Subcomisión que examine el estudio revisado y actualizado antes mencionado y lo presente a la Comisión de Derechos Humanos en su 40° período de sesiones”.

Sin embargo, por otro lado, tales “antecedentes internacionales” **limitan objetivamente** a los “sujetos pasivos” a un **grupo nacional, étnico, racial o religioso** en cuanto a tal, a diferencia de lo preceptuado **abiertamente** en el Anteproyecto, como también ya vimos. Asimismo, los reseñados “antecedentes internacionales” **circunscriben también objetivamente** a los **niños** como exclusivas víctimas del traslado por la fuerza de uno de esos grupos a otro; mientras que el Anteproyecto **amplía también** ese supuesto concreto a **individuos** en general de cualesquiera de los grupos identitarios discriminados.

Por otra parte, aunque vinculado a lo anterior, cabe destacar un documento internacional que no fue siquiera mencionado por la Comisión Elaboradora, no obstante ser expresamente “derecho aplicable” por la Corte Penal Internacional, además del Estatuto de Roma:<sup>(30)</sup> **Elementos de los Crímenes**, en virtud del cual se establece que cuando el Estatuto de Roma refiere a “miembros” y “niños” como víctimas de los resultados lesivos de las respectivas acciones típicas del delito de genocidio, deberá entenderse como “una o más personas” y “uno o más niños”<sup>(31)</sup> respectivamente; a diferencia de la amplitud prescripta al respecto por el Anteproyecto, que también ya cuestionamos y a lo que nos remitimos para evitar repeticiones innecesarias.

Sentado lo dicho, corresponde ahora sí adentrarnos a responder por qué, conforme expresamos en su oportunidad, las citadas ampliaciones objetivas que hizo la Comisión Elaboradora del tipo penal de genocidio, si bien partió de una premisa **genéricamente** correcta que consiste en que el derecho internacional fija un “mínimo” en cuanto a su punición y tipicidad, pero no un “máximo” en cuanto a su contenido y extensión típica; tal premisa no es, en el **caso concreto** de la República Argentina, operativa ni aplicable y, en consecuencia, tal ampliación realizada es manifiestamente inválida.

El “problema” legisferante, o mejor dicho, la “limitación” que encuentra el poder punitivo de nuestro Estado en esta materia, reiteramos, en la

(30) Ver art. 21.1.a, Estatuto de Roma.

(31) Ver “Elementos de los Crímenes”, en lo referido al art. 6° (a., b., c., d. y e.) del Estatuto de Roma, [en línea] ] <http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/A851490E-6514-4E91-BD45-AD9A216CF47E/283786/ElementsOfCrimesSPAWeb.pdf>, consultado el 10/04/2015.

configuración típica del delito de genocidio, es que nuestro ordenamiento jurídico interno constituye, ya desde el 11/01/1973, con la aprobación de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados<sup>(32)</sup> y reafirmado luego con la Reforma Constitucional de 1994,<sup>(33)</sup> un orden jurídico **centralizado**<sup>(34)</sup> y **piramidal**;<sup>(35)</sup> en cuyo marco la Convención contra el Genocidio y el Estatuto de Roma no son meros “antecedentes” a tener en cuenta, sino —por el contrario— constituyen, en puridad, “fuentes formales y materiales formalizadas de primer y segundo grado”, respectivamente.

En efecto, el Estatuto de Roma, adoptado el 17/07/1998 y entrado en vigor en el orden internacional el 01/07/2002,<sup>(36)</sup> fue aprobado por nuestro país el 30/01/2000<sup>(37)</sup> y, desde entonces, si bien tiene “jerarquía infraconstitucional”, goza de “jerarquía supralegal”<sup>(38)</sup> (fuente de segundo grado). Su texto, “en cuanto a los crímenes que tipifica y los principios que reconoce”, como sabemos, es simplemente “codificador” de normas consuetudinarias internacionales de *ius cogens* (fuente material formalizada); mientras que “sus demás disposiciones” son estrictamente convencionales (fuente formal propiamente dicha).

Asimismo, la Convención contra el Genocidio, adoptada el 09/12/1948 y entrada en vigor a nivel internacional el 12/01/1951<sup>(39)</sup> fue recién vinculante convencionalmente para nuestro país el 09/01/1956<sup>(40)</sup> y, desde la Reforma

.....

(32) Ver ley 19.865 (sanc. y promul. el 03/10/1972; publ. en BO del 11/01/1973 - ADLA 1972-D, 6412).

(33) Ver art. 75, inc. 22 CN.

(34) Ver KELSEN, HANS, “Principios de derecho internacional público”, Bs. As., El Ateneo, 1965, p. 88.

(35) *Ibid.*, p. 259.

(36) Ver su art. 126.

(37) Ver ley 25.390 (sanc. el 30/11/2000; promul. el 08/01/2001 [por aplicación art. 80, CN]; publ. en BO el 23/01/2001).

(38) Ver art. 75 —inc. 22, párrafo primero— CN a partir de su Reforma de 1994.

(39) Ver su art. XIII.

(40) Ver decreto ley aprobatorio 6286/1956 del gobierno provisional de la República Argentina (emitido el 09/01/1956 y publ. en BO el 25/04/1956); ratificado por el gobierno

Constitucional de 1994, goza incluso de “jerarquía constitucional”<sup>(41)</sup> (fuente de primer grado). Sus normas, igualmente, “en cuanto a los crímenes que tipifica y los principios que reconoce” (concretamente, su Preámbulo y arts. I a VII), son también “codificadoras” de normas consuetudinarias internacionales de *ius cogens* (fuente material formalizada); mientras que “sus demás disposiciones” (arts. VIII a XIX) son estrictamente convencionales (fuente formal propiamente dicha).

Tal es así, que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (que, como sabemos, en forma conjunta con la Corte Interamericana de Derechos Humanos, definen las “condiciones de vigencia”<sup>(42)</sup> de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica<sup>(43)</sup> que goza también, por cierto, de “jerarquía constitucional” en la República Argentina) ha señalado claramente que los “cuatro grupos” que tipifica como víctimas la Convención contra el Genocidio (reiteramos, en iguales términos que el Estatuto de Roma), constituyen normas consuetudinarias internacionales de *ius cogens* y que, como tales, su enumeración es, sin dudas, taxativa, no correspondiendo al respecto ninguna ampliación.<sup>(44)</sup>

.....  
de iure mediante ley 14.467 (sanc. el 05/09/1958, promul. el 23/09/1958 y publ. en BO del 29/09/1958).

(41) Ver art. 75 —inc. 22, párrafo segundo— CN a partir de su Reforma de 1994.

(42) Ver fallos de la CSJN: “Acosta, Claudia Beatriz y otros s/ hábeas corpus”, 22/12/1998, Fallos: 321:3555; “Unilever NV c/ Instituto Nacional de la Propiedad Industrial s/ denegatoria de patente”, 24/10/2000, Fallos: 323:3160; “S., V. c/ M., D. A. s/ medidas precautorias”, 03/04/2001, Fallos: 324:204 y 975; “Pfizer Inc. c/ Instituto Nacional de la Propiedad Industrial s/ denegatoria de patente”, 21/05/2002, Fallos: 325:1056; “Merck Sharp & Dohme Limited c/ Instituto Nacional de la Propiedad Industrial s/ denegatoria de patente”, 02/12/2004, Fallos: 327:5332; y “Simón, Julio Héctor y otros s/ privación ilegítima de la libertad, etc. (Poblete) -causa N° 17.768-”, 14/06/2005, Fallos: 328:2056; entre otros.

(43) Aprobado por la República Argentina mediante ley 23.054 (sanc. el 01/03/1984; promul. el 19/03/1984; publ. en BO el 27/03/1984); y con jerarquía constitucional desde el año 1994, en función del art. 75, inc. 22, CN.

(44) Ver COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Informe 5/1997, caso 11.227, “Sobre Admisibilidad, Colombia”, 12/03/1997: “... 22. La Convención sobre Genocidio, que codifica el derecho internacional consuetudinario en lo que se refiere al genocidio, define a ese delito de la manera siguiente: (...)”

23. Los peticionarios no han alegado hechos que tiendan a caracterizar a la Unión Patriótica como un ‘grupo nacional, étnico, racial o religioso’; han argumentado, en cambio, que los miembros de la Unión Patriótica han sido objeto de persecución por el solo hecho de estar afiliados a un grupo político. A pesar de que en algunas circunstancias la afiliación política puede estar entrelazada con consideraciones de índole nacional, étnica o de identidad racial,



Por todo ello, debemos concluir que el delito de genocidio que tipifica el Anteproyecto como potencial “fuente formal de tercer grado”, cuya sanción estará a cargo del Poder Legislativo Nacional,<sup>(45)</sup> debe necesariamente asentarse sobre las referidas “normas limitadoras superiores”, según las “condiciones de su vigencia” y los *numerus clausus* que ellas consagran (fuentes formales de primer y segundo grado).

Y si bien es cierto que, de acuerdo a los arts. 10 y 80 del Estatuto de Roma, los Estados nacionales, en ejercicio de su soberanía, pueden ampliar la estructura típica del delito de genocidio que aquel define en su art. 6°, pero no estrecharla; como lo hicieron parcialmente algunos de los países enunciados por la Comisión Elaboradora en su exposición de motivos; reafirmamos, ello no es posible en el caso concreto de la República Argentina, precisamente, porque la Convención contra el Genocidio tiene jerarquía superior a aquella, concretamente, constitucional y su plexo normativo no prevé ninguna disposición de tal naturaleza. En consecuencia, las disposiciones del Estatuto de Roma que habilitan la ampliación del tipo penal en cuestión, además de ser jerárquicamente inferiores a la Convención contra el Genocidio, se tratan en rigor de normas estrictamente convencionales (no consuetudinarias internacionales de *ius cogens*). En consecuencia, por razones de coherencia sistémica, corresponde considerar los arts. 10 y 80 del Estatuto de Roma tácitamente derogados para el ordenamiento jurídico patrio, no obstante lo prescripto a nivel internacional en el art. 120 del Estatuto de Roma.

En función de lo expuesto, y “complementando” las consideraciones vertidas en el punto 2, entendemos que las ampliaciones en la tipicidad objetiva del delito de genocidio que propone el Anteproyecto son, además, **inconstitucionales por inconvencionalidad**; debiéndose, en consecuencia, .....

los peticionarios no han aducido que en el caso de los miembros de la Unión Patriótica exista una situación de esa naturaleza.

24. La definición de genocidio de la Convención no incluye la persecución de grupos políticos, si bien fueron mencionados en la resolución original de la Asamblea General de las Naciones Unidas que llevó a la redacción de la Convención sobre Genocidio. El texto final de la Convención excluyó de manera explícita los asesinatos en masa de grupos políticos. La definición de genocidio, incluso en su aplicación más reciente en foros como el Tribunal de Crímenes de Guerra de Yugoslavia, no se ha ampliado para incluir la persecución de grupos políticos”. [en línea] <https://www.cidh.oas.org/annualrep/96span/Colombia11227.htm>, consultado el 29/10/2014.

(45) Ver art. 75, inc. 12 CN.

ser necesariamente modificadas y ajustar su texto a lo previsto en el art. II de la **Convención contra el Genocidio**, el art. 6° del Estatuto de Roma, y lo reglamentado al respecto por los **Elementos de los Crímenes**.

En ese sentido, y “precisando” lo concluido en el punto 2, correspondería sustituir la enunciación “grupo de personas, identificado con criterio discriminatorio” y reemplazarla, necesaria y exclusivamente, por “un **grupo nacional, étnico, racial o religioso** en cuanto a tal”. Asimismo, correspondería sustituir también —en los incisos “a” y “b” del art. 64 del Anteproyecto— el término “miembros” por la frase “uno o más miembros” y, finalmente, sustituir en el inciso “e” el término “individuos” por “uno o más niños”.

## 4 | Reflexiones finales

El pretendido análisis crítico que hemos desarrollado y las propuestas de leves ajustes que hemos formulado respecto a la estructura típica del delito de genocidio que recepta el Anteproyecto de Código Penal de la Nación, nos conduce como corolario a las siguientes reflexiones:

1. Debemos reconocer que la codificación del derecho sustantivo implica ante todo el **intento** de ordenar en un solo cuerpo legal, racional y sistemáticamente, un conjunto de normas y principios jurídicos referidos a una determinada materia jurídica, con el claro objeto de evitar contradicciones y lagunas jurídicas. Pero, en definitiva, más allá de la meta alcanzada, la codificación es, en rigor, solo eso, un **intento**. De allí que merece nuestro especial reconocimiento el mérito de este Anteproyecto que, no obstante los cuestionamientos que pudieren formularse, constituye “en términos generales”, sin lugar a dudas, una sistematización racional, consistente y ordenada del derecho punitivo sustantivo, con un definido **intento** teleológico contentor y reductor del poder punitivo, afín con mandatos constitucionales.
2. Debemos, asimismo, reconocerle al Anteproyecto otro trascendental merecimiento, tal vez, más importante aún que el anterior: que, no obstante la posición crítica que aquí sostenemos respecto a la estructura típica del delito de genocidio que nos proponen, por cierto, por “unanimidad” los miembros de la Comisión Elaboradora en el art. 64 del Anteproyecto, este es también, sin duda alguna, un verdadero fruto del consenso social y político, asentado en la libertad, la igualdad, la participación, el pluralismo, la tolerancia, la legitimidad, el respeto y la solidaridad. En definitiva, este Anteproyecto nos reafirma lo inmensurablemente fundamental que es y representa la vida en democracia

y la madurez que hemos alcanzado como pueblo en estos últimos 30 años para construir de común acuerdo.

3. Aunque vinculado a lo anterior, otra deferencia que corresponde asignarle a este Anteproyecto es que nos reafirma una Realidad, concretamente en cuanto a la tipificación del delito de genocidio se refiere, de que los seres humanos somos materialmente desiguales. De lo contrario, no existirían los absurdos, como las censuras, las opresiones, los totalitarismos, los autoritarismos, las guerras o los genocidios, entre tantos otros lamentables. Sin embargo, son esas desigualdades, precisamente, las que nos identifican como humanidad, como pueblos, como individuos; las que nos hace necesitar de y relacionarnos con los otros, ya sea para nacer, vivir, estudiar, trabajar o lo que fuera, en más o en menos. Pero, en definitiva, son esas mismas desigualdades las que todos los días nos deben llamar a construir y luchar por la ansiada igualdad. Y, solo así, en ese camino que nos propone este Anteproyecto, será posible "... afianzar la justicia, consolidar la paz interior, proveer a la defensa común, promover el bienestar general, y asegurar los beneficios de la libertad, para nosotros, para nuestra posteridad, y para todos los hombres del mundo que quieran habitar en el suelo argentino..."<sup>(46)</sup>
- 

.....

(46) Preámbulo CN.



# El delito de robo agravado por su comisión con arma de fuego

## Un avance en sobriedad y racionalidad<sup>(1)</sup>

por **BÁRBARA SEGHEZZO**<sup>(2)</sup> y **PABLO E. ROSSI**<sup>(3)</sup>

### I | Introducción

Sin duda una de las figuras más problemáticas, y que ha generado las soluciones jurisprudenciales más dispares en nuestra reciente historia, es la de robo agravado por el empleo de arma. Por ello, en el presente trabajo pretendemos poner en evidencia dichos problemas y disparidades a fin de constatar si el Anteproyecto de Código Penal, actualmente con estado parlamentario, logra resolverlas.

.....

(1) El presente trabajo se inscribe en el marco del Proyecto de Investigación “Reformas al Código Penal en los delitos con el uso de armas. Análisis desde el imperativo constitucional de la proporcionalidad de las escalas penales”, dirigido por el Dr. Adrián N. Martín en el que ambos hemos participado.

(2) Abogada, UBA. Posgrado en Administración de Justicia, con orientación en Derecho Penal, UBA. Adjunta de la materia de “Criminología” de la carrera de Abogacía del Instituto Universitario de la Policía Federal Argentina. Ayudante de 2º en la Cátedra del Dr. Alejandro Slokar, comisión del Dr. Benjamín Sal Llargues, UBA. Secretaria de la Fiscalía General N° 7 de Capital Federal.

(3) Abogado (UBA). Profesor adjunto regular (UAI). Jefe de Trabajos Prácticos de la Cátedra del Dr. E. Raúl Zaffaroni. Director del Registro de Personas Detenidas y del Registro de Procesos del Niño de la Procuración General.

Corresponde iniciar este derrotero recordando que, antes de la sanción de la ley 25.882 —actualmente vigente—, el Código Penal agravaba el robo cuando se hubiera cometido “con armas” (ley 23.077), sin ninguna precisión adicional respecto de los alcances de la expresión “arma”. Así, la discusión estuvo centrada entonces, exclusivamente, sobre la solución a aplicar en los supuestos en que o bien se hubiera utilizado un arma de fuego no apta para el disparo, o bien no se hubiera podido acreditar su ofensividad.

Al respecto, en 1986, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional dictó el plenario “Costas” adhiriendo a la denominada “tesis objetiva”, conforme la cual es la “peligrosidad del medio empleado o en el peligro realmente corrido por la víctima” lo que explica el agravante del delito, y concluyó que “no encuadra en el concepto de ‘arma’ del art. 166, inc. 2º del Cód. Penal el uso de un arma descargada apta para disparar”.

De esta manera se modificó el criterio que, desde diciembre de 1976 y hasta entonces había sostenido ese mismo Tribunal. Nótese que durante ese periodo rigió el plenario “Scioscia”, donde se pronunciaron a favor de la tesis contraria, es decir, aquella que sostiene que la razón del incremento punitivo responde al mayor poder intimidante de quien esgrime un arma y no al efectivo peligro corrido por la víctima, concluyendo por ende que la aptitud o capacidad del arma de provocar una efectiva lesión no era necesaria para que operara el agravante. Sin perjuicio de ello, la discusión se mantuvo incólume debido a que diferentes tribunales de otras jurisdicciones, lejos de pronunciarse en la línea del plenario “Costas”, abonaron a la tesis subjetiva.<sup>(4)</sup>

Ahora bien, en abril de 2004 se sancionó la ley 25.882, que modificó sustancialmente la cuestión. Sin embargo, lejos de tratarse de una norma elaborada en el marco de un serio debate sobre política criminal y/o técnica legislativa, se produjo en el contexto de las denominadas “leyes Blumberg” —en alusión al fenómeno social encabezado por el padre de una víctima de secuestro extorsivo—, signado por una

(4) En este sentido, por ejemplo, se pronunció la SCJ BUENOS AIRES, “Manso, Miguel Feliciano s/ Robo Calificado”, 02/05/2002.

demanda, irreflexiva, de endurecimiento de las penas previstas en el Código Penal.<sup>(5)</sup>

La tematización de la cuestión se instaló en los medios de comunicación, quienes explicaron la necesidad de la reforma en los siguientes términos: "Senadores y diputados reaccionaron rápidamente y ayer, seis días después de la masiva movilización que reclamó más seguridad frente a los secuestros extorsivos, votaron un paquete de leyes para endurecer las penas frente al delito".<sup>(6)</sup>

A pesar de ello, en la elevación del proyecto de reforma, no se hizo ninguna referencia a ese contexto reseñado sino que se fundamentó la modificación en la necesidad de superar el "vacío legal" (sic) generado por el plenario "Costa".

Específicamente, en lo que aquí interesa, la ley 25.882 agregó al art. 166 CP, luego del inc. 2º, dos nuevos párrafos que establecen lo siguiente: "Si el arma utilizada fuera de fuego, la escala penal prevista se elevará en un tercio en su mínimo y en su máximo (...) Si se cometiere el robo con un arma de fuego cuya aptitud para el disparo no pudiera tenerse de ningún modo por acreditada, o con un arma de utilería, la pena será de tres a diez años de reclusión o prisión...".

De este modo, el texto aprobado y hoy vigente permite distinguir las siguientes hipótesis y escala punitiva:

- a. la comisión "con armas" —cinco a quince años—;
- b. la comisión con armas "de fuego" —seis años y ocho meses a veinte años—;
- c. la comisión "con un arma de fuego cuya aptitud para el disparo no pudiera tenerse de ningún modo por acreditada, o con un arma de utilería" —tres a diez años—.

Tal como se adelantó, la norma sancionada pretendió resolver y abarcar todos los supuestos en los que es posible cometer un robo con "armas".

(5) MARTÍN, ADRIÁN N. (dir.), *Reformas al Código Penal en los delitos con el uso de armas. Análisis desde el imperativo constitucional de la proporcionalidad de las escalas penales*, Bs. As., Ediar, 2014, p. 84 y ss.

(6) Ver [en línea] <http://edant.clarin.com/diario/2004/04/08/p-00901.htm>

Sin embargo, no solamente se cumplió con el objetivo declamado sino que, antes bien, la modificación provocó, en primer lugar, nuevos debates jurisprudenciales tendientes a resolver la pésima técnica legislativa utilizada y, asimismo, las escalas penales resultantes en los distintos supuestos produjeron una ruptura en la sistemática del Código Penal, violentando de esta manera el mandato de codificación exigido por nuestra Constitución Nacional.

## 2 | Algunas dificultades de interpretación de la norma vigente

Cabe mencionar, en este punto, que la sanción de la ley 25.882 no solo no logró zanjar los debates que se había suscitado con la legislación anterior sino que, además, abrió nuevos frentes de discusión.

En este sentido, tal como se puso de manifiesto en la investigación mencionada al inicio de estas líneas, la remisión por parte del legislador a un aspecto probatorio —“tener por acreditada”— para resolver una cuestión de fondo, no solo resulta pobre en términos de técnica legislativa, sino que, sobre todo, plantea un serio problema de constitucionalidad pues implica legislar sobre una competencia no delegada por las provincias a la Nación.

Además, el texto vigente genera un interrogante vinculado con los supuestos en los que el arma utilizada resulta ser apta para el disparo pero se encuentra descargada al momento del hecho, pues no se trata, en sentido estricto, ni de un arma “apta” para el disparo ni tampoco de un dispositivo cuya aptitud no se haya podido acreditar. Entonces, al apelar a la casuística, el legislador cayó en una trampa conocida: quien intenta enumerar opciones en lugar de conceptualizar, tarde o temprano se encontrará con un supuesto que no había contemplado.

Por ello, más temprano que tarde, proliferaron posturas absolutamente disímiles. Algunos entendieron que estos supuestos debían estar contenidos por la nueva normativa, pues si la escala penal agrava los casos de robo cometidos con un arma de fuego cuya aptitud para el disparo no puede tenerse de ningún modo por acreditada, con mayor razón debía aplicarse cuando se hubiese acreditado su ineptitud.



En este sentido, se ha sostenido que “el supuesto de arma descargada o inepta para el disparo está incluida en el tipo penal y el concepto de ‘arma de utilería’, sin duda, funciona como residual, incluyendo en la agravante a todo elemento que tenga apariencia de arma de fuego, donde sí podrá discutirse sobre su aptitud o no para engañar o amedrentar a la víctima”.<sup>(7)</sup>

Por el contrario, hubo quienes entendieron que al dictarse la ley 25.882 no se contempló el arma de fuego inapta y que, por lo tanto, a la luz del principio de máxima taxatividad interpretativa —derivado del principio de legalidad— debía subsumirse esa conducta al tipo penal de robo simple. Así, resultan sumamente elocuentes las palabras del juez Benjamín Sal Llargués, quien advirtió que

... el arma de fuego inapta para lanzar proyectiles utilizando la energía de los gases de la deflagración de la pólvora, sea porque tiene un defecto de funcionamiento o carece de esos proyectiles, no queda abarcada por la definición de arma de fuego (...) cabe agregar que decir que algo no pueda tenerse de ningún modo por acreditado no equivale lógicamente a que ese mismo algo haya sido acreditado en forma negativa; en otras palabras: decir que se haya acreditado la ineptitud del arma —en este caso por ausencia de munición— no tiene el mismo contenido que la premisa que afirma que ese extremo no haya podido ser acreditado de ningún modo.

Este último supuesto —que coincide con la redacción de la primera parte del tercer párrafo del art. 166, inc. 2, CP según ley 25.882— consagra, con una deficitaria técnica legislativa, la inversión del *onus probandi* en perjuicio del imputado, enarbolando la duda acerca de un extremo típico de la calificante en una agravante de menor cuantía, circunstancia de por sí repulsiva del estado de inocencia constitucionalmente garantizado, que por lo demás solo operaría en los casos en los cuales la duda acerca de ese elemento típico no ha podido despejarse “de ningún modo”.<sup>(8)</sup>

(7) CNAC. AP. CRIM. Y CORRECC., Sala V, “R. D., V. M. s/ calificación legal”, 15/06/2012.

(8) TRIB. CASAC. PENAL BUENOS AIRES, Sala 1, “P. D. G. s/ Recurso de Casación”, 19/08/2008.

Otra dificultad evidenciada con la modificación legislativa se presenta en los supuestos de armas que no son de fuego pero que, sin embargo, presentan características similares en términos de potencialidad vulnerante, como las armas neumáticas.<sup>(9)</sup> Así, el psicópata que protagoniza la película *No country for old men* —mal traducida *Sin lugar para los débiles*—, de ser juzgado en nuestro país, se encontraría con la sorpresa de que su sofisticado armamento es considerado, por nuestro legislador, como menos lesivo que el de un revólver calibre 22.

### 3 | La ruptura de la proporcionalidad de las penas en el art 166, inc. 2, CP

Además de las ya apuntadas deficiencias de técnica legislativa, la normativa vigente presenta una gravísima ruptura de la proporcionalidad, no solo entre la escala penal y el injusto reprochado, sino también entre las penas previstas para esos delitos y la que el Código Penal establece para otras figuras más lesivas para la integridad de las personas.

Así, por ejemplo, en su variante calificada por el uso de arma de fuego, la figura prevé una pena de 6 años y 8 meses a 20 años de prisión. La más superficial comparación con las restantes figuras del Código Penal permite vislumbrar el absurdo de la escala vigente.

Nótese, en este sentido, que nuestro legislador amenaza a quien roba con arma de fuego con una pena similar a la prevista para el homicidio (art. 79 CP); entonces, la hipótesis de homicidio en grado de conato se presenta como más leve que el ilegítimo desapoderamiento con arma, aun cuando no se haya atentado contra la vida de la víctima, en este último caso.

Del mismo modo, el Código Penal vigente castiga con una mayor pena la amenaza con un revólver para hacerse de cien pesos en un almacén que el abuso sexual con acceso carnal (art. 119, tercer párrafo, CP).

.....

(9) CNAC. AP.EL. CRIM. Y CORRECC., Sala V, "Miranda Ghirardelli, Maximiliano B.", 10/12/2004.

Es evidente que el problema proviene de una técnica legislativa puesta a modificar tipos penales en forma aislada, desconociendo la sistemática del Código Penal. En última instancia "... el derecho penal moderno no es derecho penal, justamente porque sólo el derecho codificado (si se cumple con lo que esta afirmación representa) puede ser considerado derecho penal".<sup>(10)</sup>

En este sentido, si se estudia con atención el mensaje de elevación del proyecto de la ley 25.882, se advierten nítidamente los objetivos trazados al establecer una escala penal a toda luz desproporcionada. Así en la "Exposición de motivos" puede leerse que

la mayor parte de los supuestos en los que se aplica la figura calificada del art. 166, el mínimo sería de 3 años y 4 meses de reclusión o prisión, llegando la escala a los 13 años y 4 meses de máximo. No sería susceptible de condena de ejecución condicional. Para el delito consumado, la escala penal queda entre un mínimo y máximo de 6 años y 8 meses y 20 años de reclusión o prisión. Con el mínimo, la libertad condicional se otorgaría a los 4 años y medio.

En definitiva, el objetivo de la reforma consistió en obstaculizar la racional aplicación de las normas de progresividad en la ejecución de la pena en este tipo de delitos, impedir la aplicación de soluciones alternativas a la institucionalización, y —por vía indirecta— denegar el derecho a la libertad durante el proceso.

Sin perjuicio de lo expuesto, resulta sumamente llamativo que los legisladores, tan preocupados por evitar la comisión de ilícitos con armas de fuego, no hayan considerado la posibilidad de modificar la legislación vigente en materia de tenencia y portación legítima de ese tipo de armas, pues, tanto la ley 20.429 como su decreto reglamentario 395/1975, posibilitan a cualquier persona mayor de edad, sin necesidad de esgrimir motivo razonable, adquirir lícitamente dispositivos cuyo único uso posible es el de terminar con la vida ajena.

(10) PASTOR, DANIEL R., *Recodificación Penal y Principio de Reserva de Código*, Bs. As., Ad-Hoc, 2005, p. 80.

En última instancia, pareciera que las armas de fuego son inofensivas a menos que sean utilizadas para cometer un delito, y en todo caso, las figuras de tenencia o portación ilegal de armas no consiste en la puesta en peligro de la vida de los demás sino, antes bien, lo que se reprocha es la omisión del tenedor de realizar el trámite administrativo de informar al Estado que ha decidido incorporar a su vida la capacidad de matar a los demás.

## 4 | La solución del Anteproyecto

Frente al panorama de confusión normativa reseñado, a la deficitaria técnica legislativa utilizada, y a la palmaria inconstitucionalidad tanto de las escalas penales en abstracto cuanto de los fines declamados por la reforma de la ley 25.882 —y su prácticamente nulo debate legislativo—, el Anteproyecto de Reforma del Código Penal presenta un nuevo enfoque de la cuestión del robo agravado por el empleo de arma, que recepta las dificultades transitadas en los últimos cincuenta años y busca una solución consistente con todo del Código Penal.

En primer lugar, se define concretamente la expresión “arma”, y se establece que “por ‘arma’ debe entenderse la destinada por su naturaleza a lesionar gravemente o matar como también cualquier objeto con similar capacidad” (art. 63, inc. rr, Anteproyecto CP).

El concepto así elaborado trae aparejadas numerosas ventajas. En principio, pone el acento en el carácter vulnerante del objeto más que en el particular mecanismo que el mismo reviste. Adicionalmente, permite superar la vieja discusión —ya comentada— entre tesis subjetiva y objetiva pues, ahora, la nota distintiva del arma no es si la víctima se siente eventualmente intimidada, sino la naturaleza del objeto utilizado, es decir, su potencialidad para lesionar gravemente o matar.

En consecuencia, resulta evidente, que esta novedosa caracterización resulta respetuosa del principio de ofensividad emanado del art. 19 CN, y receptado asimismo, expresamente, en el art. 1º inc. c del nuevo proyecto legislativo.

Siguiendo los criterios esbozados, se incorpora como agravante del robo la siguiente disposición: “... 2. Se aplicará prisión de tres (3) a doce (12)

años: a) Si el robo se cometiere con arma real o simulada” (art. 41 Anteproyecto CP).

A primera vista la incorporación “simulada” puede parecer contradictoria con la definición de “arma” brindada en la parte general, sin embargo, esa apariencia desaparece a poco que se advierte que lo “simulado” debe ser, precisamente, un objeto cuya naturaleza presente un poder vulnerante.

Entonces, la solución propuesta resulta más simple y acotada que la disposición actualmente vigente; al respecto, en la “Exposición de Motivos” se dejó constancia de que

Las distinciones preciosistas respecto del arma empleada no han hecho más que sembrar discusiones bastante inútiles en muchos casos. Un arma blanca con alto poder punzante esgrimida contra una persona inmovilizada o una botella rota en iguales circunstancias, generan un peligro de lesión o muerte no muy diferente al de un arma de fuego y —según las circunstancias y la víctima— tienen el mismo poder intimidatorio. Los dos elementos que debe tener en cuenta el juzgador son siempre el riesgo para la vida y la integridad de la persona por un lado y, por el otro, el poder intimidatorio del medio empleado, todo esto en relación con las características de la víctima.<sup>(11)</sup>

Es decir, en lugar de intentar ahondar una casuística que detalle cada uno de los tipos de arma y defina en cada caso la pena resultante —que fue, en definitiva, el camino trazado por la ley 25.882, con las consecuencias ya vistas—, el Anteproyecto incorpora una definición clara de lo que es arma, prevé la hipótesis de su simulación, y establece una escala penal lo suficientemente amplia para que el encargado de aplicar la norma pueda valorar adecuadamente las circunstancias de cada caso.

En conclusión, resuelve con éxito las inconsistencias y vacíos generados con la ley 25.882, pues incorpora conceptos claros y distingue nítidamente las hipótesis abarcadas por la agravante, haciéndose cargo de una realidad evidente: el robo cometido con un arma de fuego no necesariamente

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

implica un mayor riesgo, ni una mayor intimidación, ni un mayor sufrimiento para la víctima que el desapoderamiento llevado a cabo con otro tipo de armas.

Finalmente, en relación al *quantum* de pena previsto, el Anteproyecto también aporta una mayor proporcionalidad en comparación con el resto de las disposiciones del Código Penal, reduciendo fuertemente la pena en expectativa.

En este sentido, en la exposición de motivos, se indicó que “El máximo de quince años vigente no guarda proporción con los delitos contra la vida. Doce años es un límite equivalente al de la tentativa de homicidio y media vez superior al mínimo del homicidio consumado”.<sup>(12)</sup>

A ello se puede agregar que la escala penal propuesta también se adecua a la pena del abuso sexual con acceso carnal; es decir, el máximo y el mínimo propuesto para el robo agravado por el empleo de arma resultan inferiores a los previstos para el abuso sexual con acceso carnal (seis a quince años), verificándose que la afectación al bien jurídico encuentra su quicio respecto de las restantes previsiones punitivas.

Por último, la agravante del uso de arma deja de sobresalir frente a otras hipótesis que revisten similar entidad, como la comisión por múltiples autores, la vulnerabilidad de la víctima y demás circunstancias relevadas por el legislador.

En definitiva, el Anteproyecto aporta, al menos en relación al delito de robo con armas, una propuesta sobria, de buena técnica legislativa, coherente con el resto del Código Penal, consistente en términos de proporcionalidad de la escala penal y, a su vez, suficientemente flexible como para adecuarse a las circunstancias particulares de cada caso.

---

.....  
(12) COMISIÓN..., *Anteproyecto...*, “Exposición de motivos”, *op. cit.*

# Anteproyecto del Código Penal

## Algunas consideraciones

por **NORBERTO TAVOSNANSKA**<sup>(1)</sup>

### I | Introducción

La redacción del Anteproyecto del Código Penal fue encomendada por un decreto presidencial<sup>(2)</sup> a un grupo de especialistas que provienen de distintas extracciones partidarias. A partir de mayo de 2012, este grupo se reunió una vez por semana para llevar a cabo dicha misión.

Uno de los motivos de dicha redacción fue darle coherencia a un Código que tuvo cerca de 900 reformas desde 1921 y que, además, padeció un fuerte embate respecto a la proporcionalidad de las penas en cada una de ellas; entre estas, es posible mencionar las sancionadas en el año 2004 que terminaron de desbalancear la proporcionalidad entre las penas por los distintos delitos. Uno de los ejemplos, quizás el más llamativo entre otros que exceden el volumen de este trabajo, es que un delito contra la propiedad (robo con armas o un robo de ganado) puede tener igual o más pena que un homicidio simple.

.....  
(1) Abogado (UBA). Profesor adjunto de Derecho Penal y Criminología (UBA) y de Derecho Penal I y II (UAI). Juez en lo Penal, Contravencional y de Faltas (CABA). Agradezco la colaboración a Mariana Herrera.

(2) Decreto 678/2012 PEN.

Por otro lado, uno de sus objetivos centrales era unificar todas las leyes penales que se encontraban dispersas en diferentes normas. Según un relevamiento de la Comisión, entre leyes especiales (como el Código Aduanero, la ley de estupefacientes y la ley penal tributaria) y reglas penales diseminadas en distintas normativas hasta laborales era posible contabilizar unas 400 normas desarticuladas —muchas de las cuales distinguen los operadores y estudiosos— que se buscaron unificar en el CP.

Raúl Zaffaroni, en ese entonces ministro de la CSJN, presidió la Comisión que estuvo coordinada por Roberto Carlés e integrada por Federico Pinedo (PRO), Ricardo Gil Lavedra (UCR), María Elena Barbagelata (Partido Socialista) y el ex camarista León Arslanian.

Se manifestaron masivos acuerdos y también discrepancias, entre los que se destacaron los relacionados al delito de aborto y la trata de personas. Desde el comienzo, los integrantes de la Comisión acordaron en que ambos no se despenalizarían, al tiempo que se discutió si debía reformularse la definición de los abortos no punibles para adaptarlo a la jurisprudencia de la Corte Suprema. Federico Pinedo, por ejemplo, se oponía y no quería, María Elena Barbagelata directamente quería despenalizar la interrupción del embarazo. Finalmente, se corrigió la redacción actual resultando no es punible el aborto cuando el embarazo es producto de una violación.

El Anteproyecto<sup>(3)</sup> fue entregado a la Presidenta, quien lo anunció en su discurso de apertura de sesiones ordinarias en marzo de 2014.

## 2 | Lineamientos y principios del Anteproyecto

En el presente artículo procuraremos centrar los lineamientos y principios de la política criminal que se deberían tener en cuenta en una reforma penal. Asimismo, consideramos que cualquier materialización de una reforma debe estar en concordancia con la plena vigencia de los derechos individuales, integrados estos en estándares internacionales en materia de

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



derechos humanos que fueron incorporados a nuestro derecho interno a partir de la Reforma de 1994 a través del art. 75, inc. 22 CN.

Entendemos que las observaciones realizadas al Anteproyecto se efectuaron desde una mirada que postula al derecho penal de mínima intervención, como también desde el cuestionamiento del proceso de inflación penal que se vive en estos últimos tiempos.

Es importante señalar, como así también celebrar, la propuesta del Anteproyecto en tanto constituye el nacimiento normativo de las vías alternativas (en determinados delitos) tales como la conciliación, la mediación, la reparación y la suspensión del proceso a prueba; estas vías no solo evitan la aplicación deliberada de dolor en cuanto a la inconveniencia de prisión, sino que brinda una respuesta más rápida y satisfactoria a la víctima, al tiempo que la dota de un lugar protagónico en el conflicto que le afecta.

Otro gran aporte ha sido la supresión de la prisión perpetua y el máximo de 30 años de pena de prisión, el cual se adecua a lo previsto en el Estatuto de Roma para el Delito y Genocidio.<sup>(4)</sup>

En función de lo expuesto, detallaremos a continuación algunas de las observaciones que, a nuestro criterio, resultan más relevantes.

## 2.1 | Supresión de la prisión perpetua y el límite máximo de treinta años de prisión

El art. 21, inc. 1 del Anteproyecto dice: "La pena de prisión consiste en la privación de la libertad ambulatoria del condenado, en establecimientos adecuados destinados al efecto. Tendrá una duración mínima de seis meses y una máxima de treinta años".<sup>(5)</sup>

Tal como surge del artículo, la pena de prisión se limita a la libertad ambulatoria del condenado, lo que implica que no compromete otros derechos y que, además, se adecúa al principio de intrascendencia de la pena. En

(4) Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, [en línea] [http://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome\\_statute\(s\).pdf](http://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute(s).pdf)

(5) COMISIÓN..., *Anteproyecto...*, op. cit., p. 334.

relación al máximo de la pena, se lo fija en treinta años equiparándolo así a la pena de cadena perpetua.

En base a la legislación vigente, se puede solicitar la libertad condicional a los veinte años de cumplimiento en encierro o, en casos de reincidencia, la hipótesis del art. 52 CP resuelve de manera similar para el instituto de la reincidencia múltiple.

Consideramos, entonces, que la modificación propuesta en el Anteproyecto ha sido acertada, sobre todo si se tiene en cuenta que el término “perpetua” nunca fue utilizado en sentido estricto. No obstante ello, es importante remarcar que la idea de perpetuidad es contradictoria con el fin resocializador de las penas, con los reparos que puede implicar el debate relacionado con la aceptación, o no, en la dogmática de la teoría de la prevención especial, el cual gozaría de raigambre o reconocimiento constitucional. Por otro lado, cabe señalar que dicha denominación le ha causado problemas de responsabilidad al Estado en el ámbito internacional.

En este orden de ideas, es oportuno mencionar la alteración de las escalas penales que se produjo a raíz de la reforma de la llamadas “leyes Blumberg” que aún hoy siguen vigentes; por esta razón, entendemos que la propuesta que ofrece el Anterproyecto en análisis es superadora.

De acuerdo al CP vigente, la pena de prisión puede llegar hasta los 50 años en el caso de concurso de delitos, lo que equivale a decir que una persona que comete varios delitos comunes —por ejemplo, 20 hurtos— será sancionada con una pena mayor de la que le corresponde a una homicida. Está claro que las llamadas “leyes Blumberg”, sancionadas bajo una fuerte campaña y presión mediática, no hicieron más que imponer penas que implican anular la vida de una persona, infringiendo mayor dolor que, además, generalmente recae sobre los sectores más vulnerables. Es más que una obviedad que su aplicación colisiona y viola el principio de culpabilidad de acto y el de legalidad, los cuales son inherentes al Estado de derecho.

La Comisión redactora manifestó en la exposición de fundamentos que si bien la CSJN, por mayoría, sostuvo que la indefinición del máximo de la pena privativa de libertad no plantea una cuestión constitucional, esta debe ser entendida en virtud de la introducción en nuestra legislación penal de los delitos del Tratado de Roma — mediante Ley 26.200 de Implementación

del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional— que prevé como monto máximo de pena en el tipo de genocidio treinta años de prisión; en función de esto ha sancionado un nuevo máximo dado que es imposible imaginar un crimen de mayor contenido ilícito que estos.<sup>(6)</sup>

## 2.2 | Penas alternativas a la prisión

Una de las innovaciones más trascendentes del Anteproyecto es la supresión de la figura de la libertad condicional, la cual sería reemplazada por un abanico de penas alternativas<sup>(7)</sup> que suplirían las meras condiciones del art. 13 del CP vigente.

La Comisión redactora establece que para llevar a cabo dicha reforma debe tenerse en cuenta que la ejecución de las penas alternativas requiere un cuerpo de personal especializado dedicado a su ejecución, el cual es sustancialmente diferente del encargado de la ejecución de la pena de prisión.

En cuanto a su aplicación efectiva, importa un cierto grado de cambio en la cultura jurídico penal, la cual está formada hasta el presente en la aplicación de penas en forma lineal de tiempo y con muy poca atención a las particularidades del conflicto concreto y las personas involucradas.

Considerando el federalismo judicial que existe en nuestro país, debemos destacar la importancia que posee el sistema de cuotas en cuanto a la pena de prisión, como también a la misma prisión preventiva en materia procesal penal. Se entiende como “sistema de cuotas” una previa determinación de presos que el Estado puede tener en condiciones de mínima dignidad y seguridad que no podría ser excedido, pues en tal caso se violaría el principio de cárceles sanas y limpias.<sup>(8)</sup>

Propone la incorporación del personal del Patronato de Liberados al Poder Judicial y considera que lo más recomendable sería la formación del cuerpo de ejecución en libertad, dado que entiende que resolvería el problema en las jurisdicciones nacional y federal para no afectar potestades legislativas provinciales.

(6) COMISIÓN..., *Anteproyecto...*, op. cit., pp. 99/100.

(7) *Ibid.*, p. 344.

(8) *Ibid.*, pp. 102/103.

## 2.3 | Reducción de penas por debajo de los mínimos legales

El art. 19.2 del Anteproyecto establece tres supuestos en los que el juez puede prescindir de la pena o bien imponerla por debajo del mínimo de la escala legal.<sup>(9)</sup>

Tal como sostiene la Comisión, “cabe observar que en el derecho penal de un Estado constitucional de derecho como el nuestro —todos los mínimos de las escalas penales deben considerarse indicativos, o sea, que el juez debe respetarlos solo en la medida en que en el caso concreto no violen principios constitucionales, como la proporcionalidad y la culpabilidad, es decir, que se corresponda con el contenido ilícito del hecho (...) y con el de reprochabilidad al autor por el hecho...”<sup>(10)</sup>

Es importante señalar que ninguna norma inferior a la CN puede obligar al juez a imponer una pena que, en el caso concreto, implique una violación a los principios constitucionales.

El art. 19<sup>(11)</sup> se clasifica en tres supuestos:

**Inc. 1º: Exención de pena. Insignificancia. No se impondrá pena alguna cuando el daño o el peligro para el bien jurídico fueren insignificantes.**

Este supuesto prevé el caso en el que el juez debe prescindir de imponer pena (aplicación del principio de la insignificancia, consagrado hace años por la doctrina); este es el único en el que el juez estaría obligado a no aplicar pena.

Dicho inciso, además, consagra el principio general derivado de nuestra Carta Magna, el cual establece que la lesión o peligro para el bien jurídico es un requisito fundamental para la imposición de una pena.

Destacamos, asimismo, que el grado de lesión o peligro debe ser de mínima relevancia para que este no quede atrapado por el poder punitivo del Estado.

.....

(9) *Ibid.*, p. 343.

(10) *Ibid.*, p. 92.

(11) *Ibid.*, p. 343.

Si bien el principio de insignificancia es sostenido en la doctrina y en la jurisprudencia debido a la implementación de casos fundados en cuestiones de mínima lesión por parte de ciertos operadores judiciales, la Comisión consideró acertado, a los fines de no generar gastos para la justicia penal en cuestiones ridículas, introducir expresamente la insignificancia en el articulado.

A modo de ejemplo, y lejos de ser casos divorciados con la realidad como el robo o hurto del sándwich a un funcionario policial, el del queso en una cadena de supermercados y la privación ilegítima de la libertad por parte del chofer de colectivo que llevó al pasajero hasta 200 metros después de la parada —que llegaron a decisiones de nuestros Tribunales—, consideramos que la aplicación de una pena en estos casos con mínima lesión constituye una violación a los principios de culpabilidad y proporcionalidad. Es por ello que concordamos con la modificación planteada.

**Inc. 2º: Exención de pena y aplicación de la pena por debajo del mínimo. El juez podrá imponer la pena por debajo del mínimo previsto en la escala conminada o incluso prescindir de esta.**

En este caso, se prevén supuestos en los que el juez puede prescindir de imponer pena, o bien imponerla por debajo del mínimo; esto, según sus características en los siguientes casos:<sup>(12)</sup>

- a. Pena natural en los hechos culposos: En los hechos cometidos por imprudencia o negligencia, cuando las consecuencias hubieren afectado gravemente al autor o partícipe.

Aquí se encuentran comprendidos los principios de humanidad y proporcionalidad, sin entrar en la compleja cuestión de utilidad de la pena.

En este mismo sentido, la Comisión estableció que:

Por lo general se trata de casos dramáticos en los que el agente ha sufrido consecuencias sumamente dolorosas. El texto proyectado dice: cuando las consecuencias hubieren afectado gravemente al autor o partícipe, con lo que se entiende que la afectación puede ser tanto física como moral, es decir que no se limita a los casos en que este haya sufrido un daño en su cuerpo

(12) *Ibid.*, pp. 91/96.

o en su salud, sino también cuando le hubiese ocasionado una pérdida que lo afecte emocionalmente, como pueden ser lesiones o muerte a sus allegados o ruina patrimonial.<sup>(13)</sup>

De acuerdo a lo expuesto, consideramos que dicho supuesto viene a poner fin a la irracionalidad del poder punitivo del Estado en aquellas situaciones en las cuales las consecuencias de los hechos originen una cuota de dolor al sujeto, el que además es sometido a proceso siendo desproporcionado adicionar un castigo sin tener en consideración el sufrimiento padecido. Tal como sostiene la Comisión redactora, cualquiera sea el objetivo que se le asigne a la pena, conforme a todas las teorías que existen al respecto, lo cierto es que ninguna justifica acabadamente su imposición en estos casos, ni siquiera la puramente retributiva.

- b. Pueblos originarios. Sanciones. Cuando el agente fuere parte de un pueblo originario, el delito se hubiere cometido entre sus miembros y hubiere sufrido una sanción conforme a sus costumbres, se atenderá a la magnitud de la sanción sufrida y a la gravedad del hecho.

Dicha propuesta es un claro reconocimiento a los pueblos originarios, lo cual constituye un avance significativo tendiente a salvaguardar los derechos de dichos pueblos oprimidos, discriminados, segregados y víctimas del genocidio y del despojo de propiedad de la tierra.

La Comisión Redactora encuentra fundamento a dicho supuesto dado que tiene en cuenta que dichas comunidades disponen y practican formas de resolución de conflictos entre sus miembros que, en sus comunidades, resultan más eficaces que el ejercicio del poder punitivo practicado sobre la mayoría de la población. Es por ello que prevé para estos casos supuestos en los que el juez pueda disminuir la pena o prescindir de la misma para, así, evitar la doble punición.

- c. Hechos conforme a la cultura originaria. Cuando la conducta fuere conforme a la respectiva cultura originaria, salvo que se trate de delitos contra la vida, la integridad física o la integridad y libertad sexual, cuya impunidad importare una grave lesión a la dignidad humana.

Este tercero y último supuesto difiere del inciso anterior pues prevé los casos en que la conducta realizada tenga conformidad con las costumbres

.....

(13) *Ibid.*, p. 94.

emanadas de la cultura originaria. A su vez, plantea un serio problema respecto del grado de comprensión de la criminalidad y, por lo tanto, de la culpabilidad del agente.

Compartimos dicha postura teniendo en cuenta que en dicho supuesto la aplicación de una sanción penal no solo acarrearía una clara afectación al principio de culpabilidad, sino que también implicaría dejar de lado el reconocimiento de los pueblos originarios a nivel constitucional (art. 75, inc. 17) y los compromisos asumidos por el Estado con dichas comunidades.

**Inc. 3: Aplicación de la pena por debajo del mínimo. El juez podrá determinar la pena por debajo del mínimo previsto en la escala conminada, en los siguientes casos:**

- a. Menor significación: Cuando el daño o el peligro para el bien jurídico fueren de escasa significación. El juez podrá imponer la multa reparatoria.

Aquí la Comisión admite, de modo expreso, la posibilidad de alejarse del mínimo legal imponiendo pena de multa cuando la lesión al bien jurídico por lesión o peligro sea insignificante. Consideramos que dicha postura está acorde a los principios constitucionales, dado que la aplicación de una pena vulneraría los principios de culpabilidad y proporcionalidad.

- b. Pena natural en hechos dolosos. En las circunstancias del apartado a) del inc. 2º, y tratándose de hechos dolosos, cuando mediere una significativa desproporción entre la lesión sufrida por el agente y la causada por este al bien jurídico.

La Comisión redactora entendió que las mismas razones que mencionó en los delitos culposos también operan en los dolosos. Asimismo, entiende que la mayor gravedad del delito doloso obedece a una conducta planificada con el fin de obtener el resultado, siendo esta siempre más riesgosa que una conducta negligente, lo que aconseja una mayor prudencia en la facultad del juez.<sup>(14)</sup>

- c. Penas o lesiones ilícitas infringidas por funcionarios. Cuando el agente hubiere sido objeto de tortura, tormento o vejaciones por acciones u omisiones de funcionarios encargados de su detención, cuidado, transporte o hubiere sufrido un grave daño en su salud por la inseguridad de los lugares de detención o los medios de transporte.

.....  
(14) *Ibid.*, p. 96.

La Comisión Redactora fundamenta este supuesto en el abuso del poder punitivo por parte de los agentes del Estado, ya sea por acción o por omisión, los cuales dan lugar a lesiones o infligen dolor ilícitamente a personas imputadas o condenadas por delitos. Se propone facultar al juez para una prudente disminución de la pena, asumiendo la misma un carácter de compensación de la pena legal al momento de imponerla.

Teniendo en cuenta las condiciones inhumanas que se viven actualmente en las cárceles de nuestro país, como así también en otros lugares de detención en los que los internos son sometidos a malos tratos, vejaciones y torturas, consideramos que dicho supuesto guarda concordancia con la protección de los derechos humanos.

## 2.4 | Formas de detención

### 2.4.1. Detención domiciliaria

El art. 23 del Anteproyecto se refiere a la detención domiciliaria. En su inciso primero expresa:

La detención domiciliaria obligará al penado a permanecer en un domicilio determinado del que podrá salir únicamente por motivos justificados y previa autorización judicial.<sup>(15)</sup>

Aquí, por un lado, la Comisión define el concepto de “detención domiciliaria”. Por otro lado, entiende que la justificación de la detención domiciliaria debe ser valorada por el juez, pero ello no implica que en casos de extrema necesidad, y cuando no pueda oportunamente solicitar la autorización judicial, la persona pueda abandonar el domicilio; en este caso debe ser el juez el que, *a posteriori*, justifique la existencia de tal situación.

En lo que respecta a su segundo inciso, este reza:

No impedirá la detención domiciliaria la carencia de un domicilio previo del penado.

.....

(15) *Ibid.*, p. 334.



A través de este inciso la Comisión intentó evitar casos de discriminación oculta o encubierta, como lo son los supuestos de personas que carecen de un domicilio previo; tal es el caso de aquellas personas que se encuentran en situación de calle.

Consideramos atinada dicha modificación, teniendo en cuenta que no se puede privar de dicho derecho a aquellas personas vulnerables que se encuentran atrapadas en situaciones de pobreza y carencia.

#### 2.4.2. Detención de fin de semana

El art. 24 del Anteproyecto<sup>(16)</sup> plantea una novedosa forma de detención: la detención de fin de semana:

La detención de fin de semana limitará la libertad ambulatoria del penado por períodos correspondientes a los días sábados y domingos, durante treinta y seis horas como mínimo y cuarenta y ocho como máximo. Podrá extenderse por 24 hs. más en los días feriados que antecedan o sucedan inmediatamente el fin de semana.

La Comisión entiende que se trata de una detención de libertad ambulatoria limitada a los días no laborables, y fundamenta su aplicación en el hecho de que se le permite al condenado trabajar y, por ende, mantener así a su familia, conservando los vínculos con la sociedad libre. En relación a esto el inc. 2 expresa:

En razón de circunstancias especiales, el juez podrá ordenar que esta pena se cumpla en diferentes días.

Por último, consideramos conveniente otorgarle facultades al juez en caso de circunstancias especiales, tal como lo estipula el inc. 3, a saber:

La detención se cumplirá en lugares especialmente destinados a tales efectos.

Por ser esta una alternativa a la prisión, la Comisión considera que dicha pena no puede llevarse a cabo en prisiones comunes.

.....  
(16) *Ibid.* p. 345.

## 2.5 | Aborto

### ARTÍCULO 84.- Aborto

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.

La Comisión consideró conveniente reproducir el art. 85 y el primer párrafo del 86 CP vigente, dado que entendió que el tratamiento conjunto mejoraría la técnica legislativa sobre el aborto punible, mientras que los abortos no punibles se tratarían en el artículo 85 del Anteproyecto.<sup>(17)</sup>

### 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.

En este artículo la Comisión Redactora hizo una reproducción de la segunda parte del art. 86 CP vigente adecuando el mismo a la legislación vigente de la CSJN.<sup>(18)</sup>

### 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.

.....

(17) *Ibid.* p. 176.

(18) *Ibid.*

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.

Lo dispuesto en el inc. 1 se corresponde al art. 87 CP vigente. No obstante, la Comisión ha considerado que el hecho de ejercer violencia sobre una mujer embarazada, causándole el aborto, tiene un contenido injusto un tanto superior al reflejado en la pena vigente (de seis meses a dos años), por lo que propone la pena de una a tres años.

En relación al inc. 2, este introduce un tipo que había sido omitido en el Código de 1921, que es el aborto causado culposamente. En este sentido, la Comisión entiende que no hay razones para omitir este delito, en especial en aquellos casos en los que existe mala praxis médica. Propone una pena de seis a dos años de prisión.<sup>(19)</sup>

#### 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.

La Comisión redactora reproduce el art. 88 CP vigente. Divide el artículo en tres incisos, el primero tipifica la consulta dolosa de la mujer y los dos restantes hablan de tentativa y aborto culposo.<sup>(20)</sup>

Creemos que este apartado merece un análisis más exhaustivo pese a que la Comisión prácticamente no le otorgó un debate profundo. Por otro lado no puede dejarse de mencionar el aporte de la disidencia de la Dra. María Elena Barbagelata.<sup>(21)</sup>

(19) *Ibid.*, pp. 176/177.

(20) *Ibid.*, p. 177.

(21) *Ibid.*, p. 275 y ss.

Entendemos que el Anteproyecto amplía la punibilidad a casos que no están previstos en el CP vigente, por ejemplo, la figura culposa del aborto.

En cuanto a las causas no punibles del aborto, no es menos importante señalar que solo se limita a incorporar al supuesto de aborto no punible que ya había sido consagrado con el conocido precedente de la CSJN —“F. A. L. s/ medida autosatisfactiva”—. Fue en ese entonces donde el Máximo Tribunal consagró el derecho a la mujer a la práctica abortiva cuando la misma se encuentre comprendida en el art. 86, inc. 2 CP, resaltando que quien se encuentre en las condiciones allí descriptas no puede ni debe ser obligada a solicitar una autorización judicial para interrumpir su embarazo, ya que la ley no lo manda.<sup>(22)</sup>

Consideramos que la solicitud de autorización en estos casos pone a la mujer en una situación de violencia institucional, agrediendo la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer, conocida como la “Convención de Belem Do Pará”.

Es pertinente mencionar aquí el valioso aporte de la Dra. María Elena Barbagelata en su disidencia. Ella plantea la necesidad de replantear la redacción de los artículos sobre el aborto, indicando así una propuesta alternativa que si bien mantiene al capítulo de aborto dentro del capítulo de los delitos contra la vida, amplía los supuestos de no punibilidad para la mujer que decide interrumpir su embarazo en las primeras semanas de gestación. Asimismo, aclara que esa propuesta se encuentra en relación con los proyectos que están en tratamiento en la Cámara de Diputados (expte. 1218-D-2012, propuesto por la Campaña Nacional por el Derecho al Aborto Legal, Seguro y Gratuito).

Propone centrar la figura penal más grave en la interrupción del embarazo sin autorización de la mujer, considerando, por el contrario, que si la interrupción del embarazo es voluntaria, tanto en las condiciones contempladas en el Código vigente como en la primera etapa de la gestación, la mujer no debe ser amenazada con pena de prisión y forzada a aceptar una maternidad no deseada.

.....

(22) CSJN, “F. A. L. s/ Medida Autosatisfactiva”, 13/03/2012.

## 2.6 | Delito de robo. Particularidad del concepto de arma para el Anteproyecto

### ARTÍCULO 141.- Robo

- I. 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.
2. Se aplicará prisión de tres (3) a doce (12) años: a) Si el robo se cometiere con arma real o simulada...

En relación al delito de robo, solo mencionaremos el retroceso en cuanto a la introducción del concepto de arma que plantea la Comisión Reformadora.

Los argumentos sostenidos por la Comisión para dar sustento al inc. 2 del art. 141 fueron que un arma blanca con alto poder punzante esgrimida contra una persona inmovilizada, o una botella rota en iguales circunstancias, generan un peligro o lesión de muerte no muy diferente al de un arma de fuego, y según las circunstancias de la víctima tienen el mismo poder intimidatorio.<sup>(23)</sup> Asimismo, entiende que ocuparse solo del arma de fuego y subestimar el poder de lesión e intimidación de otras armas no tiene sentido.

Creemos que el concepto de arma que introduce el Anteproyecto ocasiona un grave problema debido a que se corren riesgos con aplicaciones analógicas que pueden acarrear la violación a los principios constitucionales tales como los de tipicidad, máxima taxactividad y estricta legalidad. Por otro lado, merece una observación el hecho de que la comisión redactora no haya tenido en cuenta los conceptos de arma impropia que son tenidos en cuenta en la jurisprudencia.

.....

(23) COMISIÓN..., *Anteproyecto...*, *op. cit.*, p. 208.

### 3 | El CP y la seguridad

Históricamente, es habitual relacionar la aplicación del CP con la seguridad pública, en particular la aplicación de la pena en delitos contra la propiedad, como también el monto de las mismas.

En este sentido, la racionalidad y proporcionalidad que intenta el Anteproyecto ha disminuido al monto vigente de mínimos y máximos en algunos delitos, mientras que en otros se lo aumentó, no pudiendo avanzar en mayores precisiones por la extensión del presente trabajo.

No se conocen mayores opiniones que nieguen la ausencia de relación entre el CP y la seguridad pública, lo que significa que el sistema penal interviene con posterioridad a las acciones reputadas como delitos, o sea ontológicamente frente a hechos consumados. No obstante ello, se sigue insistiendo en el inexistente vínculo solicitando el aumento permanente de los montos de las penas, o en los beneficios de libertad anticipada durante la ejecución penal, con la fantasiosa idea de que el encierro por mayor cantidad de tiempo va a disminuir la tasa delictiva.

### 4 | A modo de conclusión

En virtud de lo expuesto, y tal como expresamos a lo largo del texto, entendemos que el Anteproyecto del Código Penal plantea modificaciones significativas entre las que se encuentran, sin duda, la supresión de la prisión a cadena perpetua y el límite de treinta años de prisión, como así también la reducción de las penas en relación a los límites legales. En estas deja establecido de modo expreso el principio de insignificancia, los supuestos de pena natural, las cuestiones relativas a los pueblos originarios, etc.; por otro lado, también establece la innovación en cuanto a las medidas de resolución de conflictos en delitos de menor cuantía y la propuesta de formas alternativas a la prisión, tal como la detención de fin de semana. Sin embargo, no podemos dejar de remarcar el poco tratamiento que tuvo en cuanto al delito de aborto y la decisión poco acertada en cuanto a la ampliación de los supuestos de punibilidad. Otras de las observaciones a la propuesta de la Comisión Redactora tiene que ver con el concepto de arma, ya que consideramos que dicha inclusión implica un retroceso, ya que nunca puede equipararse un arma real a una simulada.

Llama la atención la demora en iniciar el debate sobre esta tarea plural y opinable, situación que no aconteció con los Códigos sancionados en el año anterior. Creemos que el debate público es un elemento esencial de la democracia, en tanto que consideramos que la ausencia del mismo constituye un obstáculo que nos hace retroceder como sociedad, tal como sucedió con la anterior Comisión convocada por el entonces secretario de Política Criminal, Alejandro Slokar, e integrada por prestigiosos y democráticos juristas como David Baigún y Javier De Luca, entre otros.

Por último, si bien el Anteproyecto propone algunos cambios que adecuan nuestra legislación penal a los estándares internacionales de derechos humanos, por el otro lado propone supuestos que implican un retroceso.

---





# El delito de violación

## Fin de una discusión

por **HÉCTOR EDUARDO VENTOLA**<sup>(1)</sup>

### I | Introducción

El presente trabajo pretende abordar tan solo un aspecto del delito de violación según el Anteproyecto de Código Penal elaborado por la Comisión para la Elaboración del Proyecto de Ley de Reforma, Actualización e Integración del Código Penal de la Nación (decreto PEN 678/2012).<sup>(2)</sup>

(1) Abogado (UB). Especialista en Derecho Penal (UA). Docente de Derecho Penal y Procesal Penal, cátedra del Dr. De Luca, Facultad de Derecho, (UBA). Empleado del Juzgado Nacional en lo Criminal de Instrucción 2.

(2) "ARTÍCULO 126.- Violación

1. Se impondrá prisión de seis (6) a quince (15) años, al que practicare coito vaginal, anal o bucal, en cualquiera de los siguientes supuestos:

- a) Mediando violencia o intimidación.
- b) Cuando la víctima por cualquier causa no haya podido consentir, comprender o resistir la acción.

2. El máximo de la pena será de diez y ocho (18) años de prisión:

- a) Cuando la víctima fuere menor de trece años, aunque mediare consentimiento.
- b) Si el hecho causare un grave daño en la salud física o mental de la víctima.
- c) Cuando el autor tuviere o se valiere de una previa relación familiar, afectiva, de autoridad o de ascendiente sobre la víctima.
- d) Si el hecho fuere cometido por un funcionario público, en ocasión de sus funciones.
- e) Si el hecho fuere cometido por dos o más personas o con arma real o simulada.

ARTÍCULO 127.- Otros abusos sexuales

1. Cuando en los supuestos del inc. 1º del artículo anterior se realizaren actos sexuales diferentes de los allí descriptos o se obligare a otro a realizarlos, se impondrá prisión de uno (1) a seis (6) años.

2. La pena será de prisión de dos (2) a diez (10) años:

En efecto, la hipótesis del trabajo es que, con la nueva redacción, se logra despejar toda duda en cuanto a que solo el pene resulta ser el miembro hábil para consumir el delito, y que debe penetrarse, aunque más no sea de manera imperfecta,<sup>(3)</sup> la cavidad vaginal, anal u oral.

## 2 | Análisis

En la actual terminología de “abuso sexual con acceso carnal” se han discutido, con desigual énfasis, dos cuestiones: la primera, en lo relativo a qué es lo que accede; y la segunda, en lo tocante a qué es lo accedido (art. 119, tercer párrafo, CP).<sup>(4)</sup>

También está sujeto a controversia si la *fellatio in ore* constituye un abuso sexual con acceso carnal.

En efecto, se ha sostenido que, aun omitiendo cualquier consideración vinculada con la voluntad del legislador, el concepto de “cualquier vía” viene a incluir la oral, por cuanto la vaginal y anal se encuentran incluidas por el solo hecho de considerar como posibles víctimas tanto a la mujer como al varón.<sup>(5)</sup>

En sentido opuesto, De Luca y López Casariego han expresado que el problema consiste en que la ley no define qué es un acceso carnal. Entienden

a) En los supuestos del inciso 2º del artículo anterior.

b) Si los actos consistieren en introducción vaginal o anal de objetos o miembro no sexual.

3. El matrimonio preexistente con la víctima no excluye la punición de los delitos de este artículo y del precedente”. Respecto de las citas del anteproyecto en el presente artículo, COMISIÓN PARA LA ELABORACIÓN DEL PROYECTO DE LEY DE REFORMA, ACTUALIZACIÓN E INTEGRACIÓN DEL CÓDIGO PENAL DE LA NACIÓN, *Anteproyecto de Código Penal de la Nación*, [en línea] <http://www.infojus.gob.ar/docs-f/anteproyecto/anteproyecto-codigo-penal.pdf>

(3) “En lo que parece haber acuerdo es en que, a los fines consumativos del delito no interesa que la penetración sexual sea perfecta, esto es, que haya habido eyaculación (*inmissio seminis* o *semiaatio intra vas*: eyaculación en el cuerpo de la víctima). Es suficiente con la *inmissio penis* (penetración) aunque haya sido incompleta o parcial. Tampoco importa que haya habido desfloración o goce genésico”. BUOMPADRE, JORGE E., *Derecho Penal. Parte Especial*, t. 1, Bs. As., Mave, 2000, p. 379.

(4) “... La pena será de seis a quince años de reclusión o prisión cuando mediando las circunstancias del primer párrafo hubiere acceso carnal por cualquier vía” (art. 119 CP).

(5) D’ALESSIO, ANDRÉS J., *Código Penal: Comentado y Anotado*, Parte Especial, Bs. As., La Ley, 2004, p. 177.

que una interpretación literal de la expresión “por cualquier vía” conduce al dislate de hacer prevalecer la imaginación sobre el sentido jurídico de la ley.

Sostienen que el asunto debe definirse por un criterio cultural e indican que nuestra sociedad nunca ha dotado de igual significado al acceso carnal del miembro masculino en el ano o vagina ajenos, que a otras prácticas sexuales, aunque estas últimas pueden generar, en los casos concretos, igual daño —especialmente psíquico— en el sujeto pasivo. Y concluyen que es un concepto cultural que fue definido normativamente en el Código Penal argentino, es decir, la ley no ha recogido las ideas o nuevas concepciones que, desde lo valorativo, propician la identificación entre acceso carnal por el ano o vagina y felación, lo cual no puede ser suplido con una interpretación extensiva de la ley penal, expresamente prohibida por los principios generales del derecho penal.<sup>(6)</sup>

Luego de analizar las posiciones al respecto, Buompadre concluye que si el legislador no introdujo expresamente el coito oral, pudiendo hacerlo, debemos interpretar (porque así lo permite el texto de la norma) que ha optado por dejar la figura al margen de la tipicidad.<sup>(7)</sup>

Con una importante crítica se ha expresado Donna al sostener que, mientras el Código mantenga la formulación “acceso carnal” —que como se ha visto tiene una larga tradición en nuestros proyectos—, y el sentido de lo que significa la expresión, no hay otra alternativa que sostener que se trata de la introducción del órgano masculino en vía vaginal o anal. En consecuencia, a la vía bucal, o la llamada *fellatio*, queda fuera del tipo penal, por más que el legislador haya inventado una reforma para solucionar este problema al agregar “por cualquier vía”, ya que, de tomarse literalmente esta expresión, se ampliaría el tipo de manera descomunal. Así, si hubieran querido arreglar o solucionar la disputa doctrinal que se analiza *ut supra*, deberían haber agregado al texto, en lugar de “cualquier vía”, una enumeración taxativa de sus intenciones. A modo de ejemplo, cabe citar aquí la reforma efectuada en 1995 al Código Penal español, que en los arts. 182 y 183 claramente distinguió el concepto de acceso carnal

(6) DE LUCA, JAVIER A., y LÓPEZ CASARIEGO JULIO, *Delitos contra la integridad sexual*, Bs. As., Hammurabi, 2009, pp. 88/90.

(7) BUOMPADRE, JORGE E., *Derecho Penal...*, op. cit., p. 378.

y el de penetración anal o bucal, aunque sometiéndolos a la misma pena. Pero como las intenciones no se trasladan mágicamente a la ley, dice lo que dice, y los redactores de la ley piensan lo que piensan.<sup>(8)</sup>

En el texto del Anteproyecto expresamente se incluyen las tres vías —vaginal, anal o bucal—, con lo cual debe entenderse que la comisión redactora equipara los tres tipos de actividad sexual identificándolos como “coito”, razón por la cual no cabe un mayor análisis al respecto.

Por otra parte, corresponde mencionar que, de la lectura del proyectado art. 127, inc. 2º, apart. b), que tipifica la introducción de objetos o miembros no sexuales en la vagina o el ano, se esclarecen dos cuestiones.

En primer lugar, por coito debe entenderse la penetración del órgano masculino en una de las tres cavidades mencionadas en la norma —vaginal, anal o bucal—; y en segundo lugar, que la introducción de objetos o miembro no sexual (dedos, lengua, etc.) en la boca, en todo caso, puede constituir un abuso sexual de aquellos reprimidos en el art. 127 inc. 1 e inc. 2, apart. a); pero no uno de los incluidos en el apartado b), pues la norma solo se refiere a la vagina o el ano.

La actual discusión en relación a la *fellatio in ore* no es meramente dogmática, pues se trata de respetar el principio de legalidad consagrado en el art. 18 CN, por cuanto exige la doble precisión de la ley de los hechos punibles y de las penas a aplicar.<sup>(9)</sup>

Tal principio puede derivarse del art. 1º CN —principio republicano de gobierno— y del llamado principio de reserva (art. 19 CN), que no es más que su reverso,<sup>(10)</sup> e indiscutiblemente, luego de la reforma del año 1994, se ha visto incorporado a la Carta Magna mediante el art. 75 inc. 22 CN, por cuanto en el art. 9º de la Convención Americana de Derechos Humanos y del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos se encuentra expresamente incluido.

.....

(8) DONNA, EDGARDO A., *Delitos contra la integridad sexual*, Bs. As., Rubinzal-Culzoni, 2000, p. 66.

(9) CSJN, “Legumbres SA. y otros s/ contrabando”, 19/10/1989 (Fallos: 312:1920); y “Cerámica San Lorenzo I.C.S.A. s/ apelación multa 20.680”, 01/12/1988 (Fallos: 311:2453), entre otros.

(10) ZAFFARONI, E. RAÚL, *Manual de Derecho Penal*, 2ª ed., 6ª reimp., Bs. As., Ediar, 2011, p. 98.

Así, el principio de legalidad de los delitos y de las penas implica, en primer lugar, la llamada garantía criminal *nullum crimen sine previa lege*, es decir, no puede castigarse como delito conducta alguna si no ha sido previamente declarada como tal en una ley, en sentido material y formal. En segundo lugar, la garantía penal *nulla poena sine previa lege* significa que los tribunales no pueden imponer pena alguna que no se encuentre establecida previamente en una ley, cuyo origen se encuentra en la filosofía de la Ilustración, y está sustentado ideológicamente por la teoría del contrato social de Rousseau y de la división de poderes de Montesquieu.<sup>(11)</sup>

En efecto, existe un difundido consenso respecto de las consecuencias que se derivan del principio de legalidad. En particular, se reconocen cuatro prohibiciones como consecuencia de ello: de aplicación retroactiva de la ley (*lex previa*); de aplicación de otro derecho que no sea el escrito (*lex scripta*); de extensión del derecho escrito a situaciones análogas (*lex stricta*); de cláusulas legales indeterminadas.<sup>(12)</sup>

Con los lineamientos expuestos sobre el principio de legalidad, se advierte que la actual discusión relativa a la *fellatio in ore* gravita en el límite que debe asignarse al texto del legislador, evitando caer en analogía *in malam partem*, circunstancia que debe zanjar cualquier modificación al actual texto del art. 119 CP y, en particular, el proyecto aquí analizado despeja toda duda al respecto.

### 3 | Conclusión

Entiendo que el articulado que se proyecta soluciona el actual debate en relación a la *fellatio in ore* pues, al describir expresamente cuáles son las vías consideradas hábiles para concretar el coito, brinda una clara dirección a la necesaria función interpretativa de los jueces.

Así, deviene más respetuoso del principio de legalidad al describir con mayor precisión la conducta típica y junto con ello reporta un aporte al Estado de derecho.

---

(11) CEREZO MIR, JOSÉ, *Derecho Penal. Parte General*, Montevideo-Bs. As., Bdef, 2008, pp. 95 y 201.

(12) BACIGALUPO, ENRIQUE, *Teoría y práctica del derecho penal*, t. 1, Bs. As., Marcial Pons, 2009, p. 368.



# Delitos contra el orden económico y financiero en el Anteproyecto de Código Penal

## Análisis político-criminal

por **ALEJANDRA ZARZA** <sup>(1)</sup>

*“Todo lo que no se legisla, se legisla implícitamente en favor del fuerte. La igualdad teórica es una desigualdad práctica a favor del poderoso”.*

**Raúl Scalabrini Ortiz, 1946**

## I | Introducción

Al momento de hablar de delitos se advierte que los mismos se posicionan sobre recortes de situaciones conflictivas que se han elegido como graves y sobre las cuales se presiona para que, como toda respuesta, haya una acción represiva penal.

Sin embargo, existen tanto una multiplicidad de conflictos que no constituyen delitos pero que son denunciados como tales en el sistema penal,

.....

(1) Abogada con orientación en derecho penal (UBA). Maestranda en Antropología Social (UBA). Docente de Criminología en la Facultad de Derecho de la UBA y el Instituto Universitario de la Policía Federal Argentina. A cargo del Departamento de Estrategia y Legislación en Materia de Política Criminal, Dirección Nacional de Política Criminal en Materia de Justicia y Legislación Penal, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.

como otro tipo de situaciones conflictivas que sí constituyen delitos pero no son denunciados.

Como explica Alberto Binder, en todo análisis de la conflictividad “se deben buscar las fuentes de esos conflictos, tan profundamente como se pueda o sea útil para el desarrollo de una política de gestión de esos conflictos”.<sup>(2)</sup> En el **paradigma de gestión de la conflictividad**, la intervención del Estado se da “bajo la idea de ‘gestión’; es decir, una intervención estatal que impida, precisamente, que predomine el más fuerte, por ser más fuerte, que triunfe (...) la fuerza pura y el abuso de poder, pero que no se hace en nombre de ningún orden sino que se funda en la idea misma de evitar la violencia y el abuso de poder”.<sup>(3)</sup>

## 2 | Delitos contra el orden económico y financiero

### 2.1 | Caracterización. Bien jurídico protegido

En una primera aproximación, los delitos económicos son caracterizados como aquellas violaciones a las normas jurídico-penales que protegen el orden económico.

Actualmente, la discusión dogmática acerca de la definición de los delitos económicos gira en torno del concepto de bienes jurídicos colectivos o supraindividuales. Al decir de Bustos Ramírez, “mientras los bienes jurídicos individuales están en las bases mismas de existencia del sistema social, aquéllos operarían en relación a su funcionamiento”.<sup>(4)</sup> Esta distinción se torna fundamental a los efectos de tener en cuenta necesidades de carácter social y económico de la comunidad en su conjunto.

En tanto “los intereses de contenido económico por un lado siempre están referidos a un titular determinado”, la economía en cambio concierne

.....

(2) BINDER, ALBERTO, *Análisis político criminal. Bases metodológicas para una política criminal minimalista y democrática*, Bs. As., Astrea, 2011, p. 129.

(3) BINDER, ALBERTO, *op. cit.*, p. 134.

(4) BUSTOS RAMÍREZ, JUAN, “Los bienes jurídicos colectivos”, citado en “Una aproximación al tema de los delitos económicos”, [en línea] [http://www.catedrahendler.org/doctrina\\_in.php?id=35](http://www.catedrahendler.org/doctrina_in.php?id=35)



al “régimen económico de la comunidad y de esa discriminación es de donde puede deducirse el deslinde de los delitos económicos.”<sup>(5)</sup>

En tal sentido, los juristas que redactaron el Anteproyecto de reforma al Código Penal incorporaron lo regulado en materia penal económica y consideraron como delitos contra el orden económico y financiero a los tributarios, cambiarios, aduaneros, fraudes al comercio y a la industria, desabastecimiento y contra la competencia.

Esta situación representa un paso fundamental en materia de política criminal ya que a pesar del paso del tiempo y del desarrollo de los pensamientos criminológicos, subsiste en nuestra cultura jurídica un funcionamiento selectivo y estigmatizante por parte del derecho penal y sus agencias, que construyen un discurso único acerca de cuáles serían los “verdaderos delitos” y quiénes los “verdaderos delincuentes” que los cometen; lo que a su vez se mantiene y refuerza en la comunicación masiva y en el imaginario popular. La criminalización, como actividad propia de dichas agencias —así como el comportamiento de los medios masivos de comunicación que sobredimensionan el tratamiento sobre los delitos comunes (contra las personas y contra la propiedad) y omiten la información sobre los delitos económicos—, impiden el análisis profundo de la conflictividad y sus causas y, en consecuencia, limitan la posibilidad de una verdadera gestión de la misma.

Al decir de Edwin Sutherland,<sup>(6)</sup> las explicaciones convencionales de la conducta delictiva son inválidas porque están basadas en estadísticas viciadas. Estas estadísticas están pervertidas en relación a la parcialidad en la administración de la justicia penal respecto de las leyes que se aplican exclusivamente a los negocios y a las profesiones y que, por tanto, comprenden solo a la clase socioeconómica alta. Las personas que violan leyes de restricción del comercio, publicidad, alimentos y drogas no son arrestadas por policías uniformados, no son frecuentemente juzgadas en .....

(5) Es la distinción que propone RIVACOBA y RIVACOBA MANUEL DE, “Los llamados delitos socio-económicos en los Códigos Penales y en los proyectos iberoamericanos y en la propuesta de anteproyecto español de nuevo Código Penal”, en Barbero Santos (ed.), *La reforma penal. Delitos socio-económicos*, Universidad de Madrid, 1985, citado en “Una aproximación al tema de los delitos económicos”, cit.

(6) SUTHERLAND, EDWIN, *El delito de cuello blanco* Rosa del Olmo (trad.), Madrid, Ediciones La Piqueta, 1999.

tribunales penales, ni son sometidas a prisión. Su conducta ilegal generalmente recibe la atención de comisiones administrativas y de tribunales que funcionan bajo jurisdicciones civiles o de equidad. Por esta razón, esas violaciones de la ley no son incluidas en las estadísticas delictivas ni los casos individuales llevados a la atención de los especialistas que escriben teorías de conducta delictiva.

Sutherland denomina a estas conductas como delito de “cuello blanco” y las define como un delito cometido por una persona de respetabilidad y estatus social alto en el curso de su ocupación. Consecuentemente, excluye muchos delitos de la clase social alta, como la mayoría de sus asesinatos, adulterios o intoxicaciones, ya que estos no son generalmente parte de sus procedimientos ocupacionales.

En el mismo sentido, Carlos Gonella<sup>(7)</sup> explica que un aspecto problemático en torno a la llamada delincuencia económica está vinculado con el carácter selectivo del sistema penal. Diversas circunstancias son las que menciona como generadoras de la selectividad; entre ellas se encuentran: la ausencia de un afectado directo debido a la aparente distancia entre el autor y la víctima —lo que se relaciona con las características del bien jurídico tutelado, de corte colectivo o supra individual—; la falta de percepción social del delincuente económico como tal, debido al prestigio de las actividades que desarrolla en su medio; y las deficiencias en el sistema de administración de justicia para dar respuesta al problema debido a la escasa especialización y la falta de estructura material y humana.

El universo de los delitos o infracciones contra el orden económico y financiero es amplio, y detenerse en el análisis de cada uno de ellos excedería ampliamente la extensión pretendida para el presente artículo. Frente a ello, he tomado la decisión de basar mi análisis en los denominados fraudes al comercio, a la industria y al consumo; y, dentro de ellos, en dos figuras en particular: agiotaje y desabastecimiento (tal es su denominación en los arts. 164 y 167 del Anteproyecto de Código Penal). Ellas comparten la particularidad de haber sido objeto de discusión en los últimos tiempos, tanto en el mundo académico como en los medios de comunicación, en ciertos casos por especialistas en la temática, y en otros por improvisados

(7) GONELLA, CARLOS, “El Ministerio Público Fiscal frente a los delitos económicos”, en *Revista Derecho Penal*, año II, n° 4, Bs. As., Infojus, 2013, p. 217.

comentaristas. De esta manera intento cumplir con un doble objetivo: por un lado, dejar sentadas algunas precisiones con el fin de evitar tergiversaciones maliciosas sobre las citadas figuras tomadas como delitos en el Anteproyecto del Código Penal; y, por otro, servirme de ellas con el fin de valorar positivamente su introducción en el texto del mismo al representar una mirada más amplia sobre la cuestión criminal.

Para efectuar dicho análisis, comenzaré por explicar en forma breve en qué consiste la legislación actual sobre la materia, y seguidamente abordaré los cambios sustanciales que se producen en la redacción del Anteproyecto.

### 3 | Fraudes al comercio y a la industria en el Código Penal vigente

Estos delitos se encuentran previstos en el Libro Segundo, Título XII (Delitos contra la fe pública), Capítulo V: De los fraudes al comercio y a la industria, arts. 300 y 301, del Código Penal.

Según recuerda Donna al abordar la temática del bien jurídico del Capítulo V, el tema tratado por el Código en el art. 300 es amplio. Explica que:

... hay una serie de leyes especiales que se han dedicado en distintas épocas a darle regulación legal, con suerte distinta. Están en juego la economía y las diversas ideas que se han dado sobre ella en nuestro país que derivaron en una serie de leyes que exigen, sin duda, un trabajo especial sobre ellas. Molinario incluía las leyes de monopolio (12.906), contra la especulación, agio y precios abusivos (12.830, 12.983, 13.942). Aguirre Obarrio agrega otras más actuales: las que reprimen delitos cambiarios (19.359); abastecimiento (20.680)...<sup>(8)</sup>

En este punto, el análisis podría asimilarse al efectuado por los redactores del Anteproyecto de Código Penal que incluyeron a estos delitos en un mismo título (Delitos contra el orden económico y financiero).

.....

(8) DONNA, EDGARDO A., *Derecho Penal, Parte Especial*, t. IV, Bs. As., Rubinzal-Culzoni, 2004, p. 295, con cita de Alfredo Molinario, *Los delitos*, Tea, Bs. As., 1999, t. III, p. 531.

En este caso, abordaré el análisis de la figura prevista en el art. 300, inc. 1º CP,<sup>(9)</sup> conocida como “agiotaje”.

Sobre el bien jurídico protegido, Navarro opina que

... el agiotaje vulnera en primer término la fe pública, entendida como la confianza colectiva en la normalidad del funcionamiento de las transacciones en mercaderías, géneros, fondos públicos o valores; esto es, la intangibilidad en la formación de precios. Pero agrega que la protección en este caso va más allá de la fe pública, ya que se busca la protección del curso normal de las relaciones económicas, de acuerdo con la oferta y la demanda, que es perturbado no sólo por el empleo de las falsedades, sino por otros medios.<sup>(10)</sup>

Si bien es lógica la referencia a la fe pública por su inclusión en el Título XII del Código Penal, es importante destacar que se trata de un delito por el que se pretende proteger diversos bienes jurídicos. Aparece claramente la posibilidad de intervención del Estado para proteger bienes jurídicos supraindividuales. En este sentido, Tiedemann<sup>(11)</sup> advierte que el poder económico lleva consigo el peligro de que se tienda a abusar de él, por lo que entendía que un ordenamiento jurídico que estuviera suficientemente desarrollado debería ocuparse de impedir su concentración excesiva, o bien controlar su ejercicio (por ejemplo, institucionalizando medidas orientadas a contrarrestar dicha tendencia).

Sobre el tipo objetivo, Núñez es de la opinión que “la acción consiste en el hecho de producir, por los medios fraudulentos mencionados en el inc. 1º, el alza o baja efectiva de los precios reales de las mercaderías, fondos o

.....

(9) “El que hiciere alzar o bajar el precio de las mercaderías por medio de noticias falsas, negociaciones fingidas o por reunión o coalición entre los principales tenedores de una mercancía o género, con el fin de no venderla o de no venderla sino a un precio determinado”.

(10) DONNA, EDGARDO A., *Derecho Penal...*, op. cit., p. 299, con cita de Guillermo R. Navarro, “Fraudes al comercio y a la industria”. “Los delitos de los artículos 300 y 301 del Código Penal”, Pensamiento Jurídico, Bs. As., 1998, p. 19.

(11) *Ibid.*, p. 293, con cita de Klaus Tiedemann, *Poder económico y delito*, Barcelona, Ariel, 1985, p. 52.

valores vigentes en el momento del hecho en el mercado nacional o local por su cotización en bolsa y otra forma de cotización pública".<sup>(12)</sup>

La ley, claramente, establece tres medios para la concreción del ilícito penal: la falsa noticia, las negociaciones fingidas y la coalición de tenedores.

La falsa noticia implica el conocimiento, por parte de quien la difunde —el autor—, acerca de que no es verdadera. Además, dicha noticia debe ser de tal naturaleza que logre influir en la producción de los hechos tenidos en vista.

Las negociaciones fingidas son operaciones ficcionales sobre mercaderías (contratos simulados, ofrecimiento de grandes masas de mercaderías que influyen sobre los precios), que son aparentadas públicamente con la finalidad de producir un aumento o disminución de su precio, e idóneas, debido a su monto u otra razón, para lograr ese fin.

La coalición de tenedores contiene la exigencia de que se trate de los principales tenedores de una mercadería o género, aquellos que tienen incidencia en la formación de los respectivos valores. "El delito se consume cuando esos principales tenedores se coaligan para no vender la mercadería o género o para venderla a un precio determinado".<sup>(13)</sup>

En relación al tipo subjetivo, la figura requiere el dolo directo.

Es necesario que el autor sepa que los medios que pone en marcha —y que no serán otros que los descritos por el inciso— son idóneos para hacer subir o bajar el precio de determinada mercadería o a venderla a un determinado valor. El fin es lo que manda, de modo que la idea última, el jugar con los precios, determina en este caso el dolo directo.<sup>(14)</sup>

.....

(12) *Ibid.*, p. 302, con cita de Ricardo C. Núñez, *Tratado de Derecho Penal*, t. V, vol. II, Bs. As., 2ª ed., Lerner, 1992, p. 225.

(13) *Ibid.*, p. 308, con cita de Rodolfo Moreno, *El Código Penal y sus antecedentes*, t. VII, Bs. As., H. A. Tommasi Editor, p. 121.

(14) *Ibid.*, p. 308, con cita de Justo Laje Anaya, *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, vol. IV, Bs. As., Depalma, 1978. p. 296, citando a Soler.

## 4 | Acaparamiento y desabastecimiento

### 4.1 | Legislación actual

La Ley 20.680 de Abastecimiento fue sancionada en el año 1974. Se trató de una norma que persiguió la finalidad de asegurar el abastecimiento de los productos o la prestación de los servicios.

Resulta importante destacar que mucho se ha discutido en torno al carácter de dicha norma, es decir, si correspondía a la órbita del derecho penal o a la del derecho administrativo. Baigún caracterizó como penas a todas las sanciones de la ley:

... las distintas clases de pena, algunas de las cuales pueden ser aplicadas en forma independiente o conjunta, caben ser agrupadas en las siguientes categorías: 1) privativas de la libertad (detención por 48 horas, arresto hasta 90 días, prisión de 6 meses a cuatro años); 2) económicas (multa, clausura, inhabilitación, comiso, publicación de la sentencia a costa del infractor); 3) financieras (inhabilitación para el uso o renovación de créditos) y 4) comerciales (suspensión en los registros de proveedores del Estado, inhabilitación para ejercer el comercio, suspensión del uso de patentes y marcas, etc.). Sin embargo, pese a esta vasta gama de sanciones, el análisis de los repertorios de resoluciones y jurisprudencia permiten inferir que las penas aplicadas habitualmente son, básicamente, las de comiso, clausura y multa.<sup>(15)</sup>

En función de dicha postura y apoyando la consideración de los redactores del Anteproyecto que tomaron en cuenta lo normado en la ley 20.680 en el Título "Delitos contra el orden económico y financiero", es que se puede efectuar un análisis en cuanto al bien jurídico protegido o al tipo penal que contempla, del mismo tenor que el efectuado con la figura del agiotaje.

(15) DEL GAIZO, SEBASTIÁN, "La nueva ley de abastecimiento", en *Revista Pensamiento Penal* [en línea] <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2014/12/doctrina40099.pdf>, p. 7, con cita de David Baigún y Carlos Cruz, *El desabastecimiento. Un delito olvidado*, inédito.

En relación al bien jurídico amparado, una primera aproximación puede hacerse a través del análisis del art. 15 de la ley 20.680, que expresa que “Las infracciones a la presente ley afectan los derechos e intereses económicos de los ciudadanos y la Nación”. Es decir que nos encontramos ante bienes jurídicos colectivos o supraindividuales que el Estado intenta proteger, garantizando el acceso a determinados bienes y servicios por parte de la población.

En su redacción original, el art. 1° de esta ley expresaba, que regía:

con respecto a la compraventa, permuta y locación de cosas muebles, obras y servicios —sus materias primas directas o indirectas y sus insumos— lo mismo que a las prestaciones —cualquiera fuere su naturaleza, contrato o relación jurídica que las hubiere originado— que se destinen a la sanidad, alimentación, vestimenta, higiene, vivienda, deporte, cultura, transporte, calefacción, refrigeración, esparcimiento, así como cualquier otro bien mueble o servicio que satisfaga —directamente o indirectamente— necesidades comunes o corrientes de la población. [Y que comprendía] (...) todos los procesos económicos relativos a dichos bienes, prestaciones y servicios y toda otra etapa de la actividad económica vinculada directamente o indirectamente a los mismos.

Para hacer efectiva la protección, el art. 2° otorgaba facultades al Poder Ejecutivo para

a) Establecer en cualquier etapa del proceso económico precios máximos y/o márgenes de utilidad y/o disponer la congelación de los precios en los niveles vigentes o en cualquiera de los niveles anteriores; b) Fijar precios mínimos y/o de sostén y/o de fomento; c) Dictar normas que rijan la comercialización, intermediación, distribución y/o producción; d) Obligar a continuar con la producción, industrialización, comercialización, distribución o prestación de servicios, como también a fabricar determinados productos, dentro de los niveles o cuotas mínimas que estableciere la autoridad de aplicación...

Para delinear el tipo objetivo debe revisarse el art. 4°, el cual en su redacción original preveía sanciones para quienes elevaren artificial o

injustificadamente los precios en forma que no respondiera proporcionalmente a los aumentos de los costos, u obtuvieren ganancias abusivas; revaluaren existencias; acapararen materias primas o productos, o formaren existencias superiores a las necesarias, sean actos de naturaleza monopólica o no, para responder a los planes habituales de producción y/o demanda; destruyeren mercaderías y bienes; o impidieren la prestación de servicios o realizaren cualquier otro acto, sea de naturaleza monopólica o no, que tendiera a hacer escasear su producción, venta o transporte; negaren o restringieren injustificadamente la venta de bienes o la prestación de servicios, o redujeren sin causa la producción habitual o no la incrementaren, habiendo sido intimados a tal efecto en caso de tener capacidad productiva para responder a la demanda; desviaren el abastecimiento normal y habitual de una zona a otra sin causa justificada; no tuvieran para su venta —según el ramo comercial respectivo— mercaderías con precios máximos, precios congelados o márgenes de utilidad fijados y al no poseerlas no vendan a dichos precios mercaderías similares de mayor calidad o precio, salvo los eximentes justificados; entre otras.

Y las sanciones establecidas en los arts. 5° y 6° iban desde clausuras, inhabilitaciones y comiso de mercaderías, hasta multas y arrestos, entre otras.

En cuanto al tipo subjetivo, al haber optado por la postura que identifica a las sanciones como penales, se deberá constatar la presencia de dolo o culpa cuanto menos (esta última alternativa resulta conflictiva debido a que la redacción de las conductas prohibidas no se corresponde con la clásica de los tipos culposos). En este sentido, Sebastián del Gaizo explica que, al imponerse verdaderas penas, se ha debido construir un concepto de infracción sustancial o de fondo respecto de la cual se exige para su constatación que a quien se le atribuye la conducta se le pueda imputar dolo o culpa, como también la vigencia de garantías propias del proceso penal.<sup>(16)</sup>

La ley 20.680 fue objeto de múltiples reglamentaciones y modificaciones. El DNU 2284/1991, ratificado por la ley 24.307, suspendió la vigencia de la ley pero solo en cuanto a las facultades conferidas al Poder Ejecutivo nacional. Estas facultades fueron reestablecidas por el decreto 722/1999 y, posteriormente, el decreto 496/2002 incrementó el monto de las multas.

.....

(16) EL GAIZO, SEBASTIÁN, "La nueva ley de...", *op. cit.*, p. 8.



En el mes de septiembre del año 2014 se sancionó la ley 26.691, de Nueva Regulación de las Relaciones de Producción y Consumo, que modifica parcialmente a la ley 20.680. Las principales modificaciones tienen que ver con la ampliación de la normativa a todas las actividades económicas (incluidas las destinadas a la producción, construcción, procesamiento, comercialización); la excepción del régimen a los agentes económicos considerados micro, pequeñas o medianas empresas, siempre que no detenten posición dominante; y la supresión de las sanciones penales.

Las conductas prohibidas son: elevar artificial o injustificadamente los precios en forma que no responda proporcionalmente a los aumentos de los costos u obtuvieren ganancias abusivas; revaluar existencias; acaparar materias primas o productos, o formar existencias superiores a las necesarias; intermediar o permitir intermediar innecesariamente o crearen artificialmente etapas en la distribución y comercialización; destruir mercaderías o bienes; o impedir la prestación de servicios o realizar cualquier otro acto que tienda a hacer escasear su producción, venta o transporte; negar o restringir injustificadamente la venta de bienes o la prestación de servicios, o reducir sin causa la producción habitual o no incrementarla, habiendo sido intimados por la autoridad de aplicación a tal efecto, en caso de tener capacidad productiva, para responder a la demanda; desviar o discontinuar el abastecimiento normal y habitual de una zona a otra sin causa justificada; no tener para su venta o discontinuar, según el ramo comercial respectivo, la producción de mercaderías y prestación de servicios con niveles de precios máximos y mínimos, o márgenes de utilidad fijados, salvo los eximentes justificados; entre otras.

Y las sanciones previstas contemplan multas, clausuras de establecimientos por 90 días, inhabilitaciones por dos años para créditos, suspensión del registro de proveedores del Estado, entre otras. Asimismo, como anticipara, se eliminó la pena de prisión y se incorporó la posibilidad de perder concesiones y regímenes impositivos.

## 4.2 | Anteproyecto de Código Penal

El Anteproyecto regula los delitos contra el orden económico y financiero en el Título VIII. Específicamente, en el Capítulo I, Fraudes al comercio, a la industria y al consumo, establece la pena de prisión, de seis meses a dos años, al que "hiciera alzar o bajar el precio de las mercaderías por medio

de noticias falsas, negociaciones fingidas, o por reunión o coalición entre los principales tenedores de una mercancía o género, con el fin de no venderla o de hacerlo a un precio determinado" (art. 164).

Se trata del delito de agiotaje, analizado anteriormente. Según se indica en la exposición de motivos, el tipo penal del art. 164 proyectado reproduce el tipo vigente y "apunta a la protección de la comercialización de los bienes y servicios destinados a satisfacer las necesidades básicas de la población sancionando la manipulación de los precios a través de prácticas maliciosas o por medio del acuerdo entre los principales oferentes".<sup>(17)</sup>

Asimismo, en el art. 167 establece la pena de prisión de seis meses a cuatro años o multa de treinta a cien días al "que con el fin de desabastecer o de provocar un alza inmoderada de precios en perjuicio de los consumidores, detrajere del mercado materias primas u otros productos o bienes de primera necesidad para la alimentación, la salud, el transporte, el servicio eléctrico, telefónico o de comunicaciones".

Los autores del Anteproyecto incorporan parcialmente lo establecido por la ley 20.680 (redacción original),<sup>(18)</sup> que definía en su art. 1º, como campo de aplicación, a la compra-venta, permuta y locación de cosas muebles, obras y servicios, sus materias primas directas o indirectas y sus insumos lo mismo que a las prestaciones, cualquiera fuere su naturaleza, contrato o relaciones jurídicas que las hubiere originado, que se destinen a la sanidad, alimentación, vestimenta, higiene, vivienda, deporte, cultura, transporte, calefacción, refrigeración, esparcimiento, así como cualquier otro bien mueble o servicio que satisfaga, directa o indirectamente, necesidades comunes o corrientes de la población. El ámbito de esta ley comprende todos los procesos económicos relativos a dichos bienes, prestaciones y servicios y toda otra etapa de la actividad económica vinculada directamente o indirectamente a los mismos.

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

(18) En vista a la sanción de la ley 26.991, de Nueva Regulación de las Relaciones de Producción y Consumo, que modifica la ley 20.680 y que dificulta la concepción de las conductas previstas en la misma como delitos, se deberá evaluar el impacto en el texto del Anteproyecto y, en su caso, la conveniencia de modificar su redacción.

La citada ley, en su art. 4°, describía las conductas reprimidas, que fueron simplificadas en la redacción propuesta y se eliminó el incremento de penas para el caso de reincidencia. El art. 8° prevé la posibilidad de responsabilizar a las personas jurídicas, lo que se mantiene para todo el Título.

La redacción que se propone para el Anteproyecto, según explican los propios redactores, recepta las críticas que fueron hechas por parte de la doctrina a la ley 20.680, relativas a la autorización al Poder Ejecutivo para determinar las circunstancias específicas que complementan el marco de la prohibición, lo que lesionaría el principio de legalidad.

## 5 | Conclusiones

Es importante comprender la cuantía del daño comunitario que pueden provocar los delitos contra el orden económico y financiero ya que, en una primera impresión, o evaluado individualmente, podría verse como insignificante.

Resulta vital para una comprensión más amplia del fenómeno de la criminalidad económica identificar el conflicto de orden político subyacente. Por un lado, se erige el interés de determinados actores económicos por permanecer libres de la intervención del Estado en sus relaciones comerciales (aunque ello no implica un Estado ausente), invocando los principios del liberalismo;<sup>(19)</sup> y, por el otro, el rol del Estado como garante de los derechos, tanto individuales como colectivos, de los ciudadanos, evitando abusos e interviniendo en la regulación económica con el fin de lograr un desarrollo equitativo de todos los sectores sociales.

Pensando la estructura de un nuevo texto que modifique la actual legislación en materia penal, resulta esencial la necesidad de incluir y agrupar los delitos contra el orden económico y financiero, tal como se ha hecho en el Anteproyecto del Código Penal, en un mismo Título. Esto evita la dispersión en leyes especiales, que atenta contra la exigencia de la codificación y que a su vez impacta de manera negativa en la organicidad y lógica

.....

(19) Libre despliegue de las fuerzas del mercado, papel hegemónico del mercado en la asignación de recursos y la distribución del ingreso, y restricción de la participación del Estado en el proceso económico, entre otros.

interna del ordenamiento jurídico penal, así como en la proporcionalidad de las penas.

Es necesario insistir en el debate sobre el Código Penal ya que representa toda una definición de política criminal que nos permitirá discutir qué valores ponderamos y de qué manera pretendemos resolver nuestros conflictos para, en definitiva, repensar nuestras aspiraciones como sociedad. Lo antedicho no implica una toma de posición sobre la función que podría tener la pena frente al conflicto,<sup>(20)</sup> pero sí una apuesta por la discusión que permita la construcción colectiva.

---

---

(20) En este sentido, es fundamental revisar el concepto negativo y agnóstico de la pena que propone Zaffaroni.

# Fuentes citadas

---



# Fuentes citadas

- ABRALDES, SANDRO, “‘Fattispecie’ del homicidio doloso en el Código Rocco”, en Edgardo A. Donna (dir.), *Revista de Derecho Penal, Delitos contra las personas*, II, 2003-2.
- AGUIRRE OBARRIO, EDUARDO, *Los Delitos*, t. I., Bs. As., TEA, 1996.
- ALAGIA, ALEJANDRO, ET AL., *Derecho Penal. Parte General*, Bs. As., Ediar, 2000.
- ÁLVAREZ AGUDO, GRACIELA y RIVA, JORGE L., *Régimen penal de cambios en la operatoria cambiaria y de comercio exterior*, Bs. As., Ad-Hoc, 2013.
- ANGIONI, FRANCESCO, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Milán, Giuffrè, 1983.
- BACIGALUPO, ENRIQUE, *Derecho Penal, Parte General*, 2ª ed., Bs. As., Hammurabi, 1999.
- BACIGALUPO, ENRIQUE, *Principios constitucionales de derecho penal*, Bs. As., Hammurabi, 1999.
- BAIGÚN, DAVID, *Naturaleza de las circunstancias agravantes*, Bs. As., Panedille, 1971.
- BALCARCE, FABIÁN, *Derecho Penal Económico Parte Especial, Régimen penal cambiario. Ley 19.359*, t. 3, Córdoba, Mediterránea, 2006.
- BASILE, ALEJANDRO ANTONIO, *Aborto e infanticidio, Aspectos jurídicos y médico legales*, Bs. As., Universidad, 1990.
- BINDER, ALBERTO, *Análisis político criminal. Bases metodológicas para una política criminal minimalista y democrática*, Bs. As., Astrea, 2011.
- BOIX REIG, JAVIER, ET AL., *Derecho Penal. Parte Especial*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1990.
- BONZÓN, JUAN C., “El dolo requerido para configurar las infracciones cambiarias”, en *LL*, 1990-C-1115.
- BRICOLA, FRANCO, “Teoria generale del reato”, en *Novissimo Digesto Italiano*, XIX, Torino, 1973.
- BUERES, ALBERTO, ET AL., *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, t. B: Familia, Bs. As., Hammurabi, 2007.
- CARBONELL MATEU, JUAN CARLOS, ET AL., *Derecho Penal, Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1990.
- CARRARA, FRANCESCO, *Programa de Derecho Criminal*, Parte Especial, Bogotá/Bs. As., Temis, 1977.
- CASTEX, MARIANO N., *Estado Puerperal e Infanticidio. Implicancias médico legales y psiquiátrico forenses*, Bs. As., Ad-Hoc, 2008.
- CAVALIERE, ANTONIO, “La disciplina del concorso di persone”, en Carlo Fiore, Sergio Moccia y Antonio Cavaliere (eds.), *Quale riforma del codice penale? Riflessioni sui Progetti Nordio e Pisapia*, Nápoles, 2009.
- CAVALIERE, ANTONIO, “Sistematica del reato e scusanti nel Progetto preliminare di riforma della parte generale”, en *Critica del diritto*, 2000.
- CAVALIERE, ANTONIO, “Diritto penale e politica dell’immigrazione”, en *Critica del diritto*, 1/2013.

## FUENTES CITADAS

---

- COBO DEL ROSAL, MANUEL, *ET AL.*, *Derecho Penal*, Parte Especial, Valencia, Tirant lo Blanch, 1990.
- CÓRDOBA RODA, JUAN, *Las eximentes incompletas en el Código Penal*, Oviedo, Publicaciones del Instituto de Estudios Jurídicos de la Universidad de Oviedo, 1966.
- CREUS, CARLOS, *Derecho Penal*, Parte Especial, 2ª ed., Bs. As. Astrea, 1988.
- D'ALESSIO, ANDRÉS J., *Código Penal comentado y anotado*, Parte Especial, Bs. As., La Ley, 2006.
- D'ALESSIO, ANDRÉS J., *Informe acerca de la Adecuación de la Legislación Penal Argentina a la Convención Interamericana contra la Corrupción*, Bs. As., julio, 2000.
- DE LA FUENTE, ÁLVARO, *ET AL.*, *El Código Penal y su interpretación en la jurisprudencia*, t. II, Bs. As., Rubinzal-Culzoni Editores, 2003.
- DE LUCA, JAVIER A., “Delitos de funcionarios públicos”, en *VIII Encuentro de la Asociación de Profesores de Derecho Penal de la República Argentina*, Universidad Nacional de La Plata, Bs. As., 17/10/2008. [en línea] <http://www.aapdp.com.ar/archivosparabajar/deluca.pdf>
- DE LUCA, JAVIER A., “Cohecho y Concusión”, en *La Ley* 1999-E.
- DEL GAIZO, SEBASTIÁN, “La nueva ley de abastecimiento”, en *Revista Pensamiento Penal*, [en línea] <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2014/12/doctrina40099.pdf>
- DEL ROSAL BLASCO, BERNARDO, “Los delitos contra la vida en el Código Penal español de 1995”, en *Revista de Derecho Penal, Delitos contra las personas*, Edgardo A. Donna (dir.), Bs. As., Rubinzal-Culzoni Editores, 2003.
- DELITALA, GIACOMO, “*Le dottrine generali del reato nel Progetto Rocco*”, en *AAVV, Osservazioni intorno al “Progetto preliminare di un nuovo codice penale”*, Milán, 1928.
- DONNA, EDGARDO A., *Derecho Penal. Parte Especial*, Bs. As., Rubinzal-Culzoni Editores, 2004.
- DONNA, EDGARDO A., *ET AL.*, “El Código Penal y su interpretación en la Jurisprudencia”, t. 16, Bs. As., Rubinzal-Culzoni Editores, 2003.
- ESER, ALBIN y BURKHARDT, BJÖRN, *Derecho Penal, Cuestiones fundamentales de la teoría del delito sobre la base de casos de sentencias*, Madrid, Colex, 1995.
- FELLINI, ZULITA, *ET AL.*, “Caso Tejerina: Revisión de un fallo polémico”, en *Y considerando*, año 10, septiembre, 2006.
- FELLINI, ZULITA, *Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, t. 3, Parte Especial, en E. Raúl Zaffaroni y David Baigún (dirs.), *Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, Bs. As., Hammurabi, 2007.
- FELLINI, ZULITA, *Delito de trata o tráfico de niños*, 2ª ed. act. y ampl., Bs. As., Hammurabi, 2007.
- FIANDACA, GIOVANNI y MUSCO, ENZO, *Diritto penale. Parte generale*, 6ª ed., Bologna, 2010.
- FIORE, CARLO, “*Il contributo della giurisprudenza costituzionale all'evoluzione del principio di offensività*”, en G. Vassalli (ed.), *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, Nápoles, 2006.
- FONTÁN BALESTRA, CARLOS, *Derecho Penal*, Bs. As., AbeledoPerrot, 1978.



## FUENTES CITADAS

---

- FOUCAULT, MICHEL, *Sorvegliare e punire. Nascita della prigione*, Torino, Einaudi, 1976.
- FRÍAS CABALLERO, JORGE, *Capacidad de Culpa penal*, Bs. As., Hammurabi, 1994.
- GARCÍA MAAÑÓN, ERNESTO y BASILE, ALEJANDRO A., *Aborto e infanticidio, Aspectos jurídicos y médico legales*, Bs. As., Universidad, 1990.
- GERSCOVICH, CARLOS, *Derecho Económico Cambiario y Penal*, Bs. As., AbeledoPerrot, 2006.
- GHEZZI, ANTONELA y DEGOUMOIS, MARTÍN G., “Delitos contra la Administración Pública”, en E. Raúl Zaffaroni y R. M. Carlés (dirs.), *Anteproyecto de Reforma al Código Penal. Aportes para un debate necesario*, La Ley, 2014.
- GOENER, GUSTAVO, “El sujeto pasivo del delito de homicidio”, en *Revista de Derecho Penal, Delitos contra las personas I*, n° 1, Santa Fe, Rubinzal - Culzoni Editores, 2003.
- GÓMEZ, EUSEBIO, *Tratado de Derecho Penal, Delitos contra las personas*, Bs. As., Cía. Argentina de Editores, 1939.
- GONELLA, CARLOS, “El Ministerio Público Fiscal frente a los delitos económicos”, en *Revista Derecho Penal*, año II, n° 4, Bs. As., Infojus, 2013.
- GONZÁLEZ, VENTURA, *Nociones generales sobre Derecho Penal Económico*, Mendoza, Ediciones Jurídicas Cuyo, 1998.
- HASSEMER, WINFRIED, “Grundlinien einer personalen Rechtsgutslehre”, en L. Philipps y H. Scholler (eds.), *Jenseits des Funktionalismus. Arthur Kaufmann zum 65 Geburtstag*, Heidelberg, 1989.
- HEGGLIN, FLORENCIA, “La figura de negociaciones incompatibles en la jurisprudencia de la Capital Federal”, en *Revista Nueva Doctrina Penal*, 2000/A, Del Puerto, 2000.
- HENDLER, EDMUNDO S., “Una aproximación al tema de los delitos económicos”, [en línea] [http://www.catedrahendler.org/doctrina\\_in.php?id=35](http://www.catedrahendler.org/doctrina_in.php?id=35)
- HUBER, BÁRBARA, “El delito de Infanticidio”, en *Revista de Derecho Penal, Delitos contra las personas*, Bs. As., Rubinzal-Culzoni Editores, 2003.
- HURTADO POZO, JOSÉ, *Manual de Derecho Penal*, Parte 2: Aborto, Lima, 1994, [en línea] [http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/obrasjuridicas/oj\\_20080609\\_04.pdf](http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/obrasjuridicas/oj_20080609_04.pdf)
- JÄGER, HERBERT, *Strafgesetzgebung und Rechtsgüterschutz bei Sittlichkeitsdelikten*, Stuttgart, 1957.
- KALINSKY, BEATRIZ y ROBATTO, ESTELA, “De amor y de crimen, o ‘nosotros no legislamos para la periferia’”, en Beatriz Kalinsky, *Justicia, Cultura y Derecho Penal*, Bs. As., Ad-Hoc, 2000.
- KELSEN, HANS, *Principios de derecho internacional público*, Bs. As., El Ateneo, 1965.
- LAJE, ANAYA J., *El homicidio y el aborto en la doctrina judicial argentina*, Córdoba, Alveroni, 2003.
- LEVENE, RICARDO (h.), *El delito de homicidio*, Bs. As., Depalma, 1977.
- MAIZA, CECILIA, ET AL., *El Código Penal y su interpretación en la Jurisprudencia*, t. II, Bs. As., Rubinzal-Culzoni Editores, 2003.
- MANTOVANI, FERRANDO, “Legittima difesa comune e legittima difesa speciale”, en *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006.

## FUENTES CITADAS

---

- MANTOVANI, FERRANDO, *Diritto penale. Parte generale*, 5ª ed., Padua, 2007.
- MARTÍN, ADRIÁN N. (dir.), *Reformas al Código Penal en los delitos con el uso de armas. Análisis desde el imperativo constitucional de la proporcionalidad de las escalas penales*, Bs. As., Ediar, 2014.
- MARTÍNEZ VIVOT, JULIO, en *Boletín del Instituto de Enseñanza práctica*, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, t. 12, n° 53, abril-junio, 1949, Bs. As.
- MOCCIA, SERGIO, *Dalla tutela di beni alla tutela di funzioni: tra illusioni postmoderne e riflessi illiberali*, en *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995.
- MOCCIA, SERGIO, *El derecho penal entre ser y valor. Función de la pena y sistemática teleológica*, Montevideo - Bs. As., BdeF, 2003.
- MORALES DEGANUT, CAROLINA, ET AL., “Caso Tejerina: Revisión de un fallo polémico”, en *Y considerando*, año 10, septiembre, 2006.
- MORALES DEGANUT, CAROLINA, “Ejecución Penal. Alternativas para situaciones especiales”, en Zulita Fellini (dir.), *Derecho de Ejecución Penal*, Bs. As., Hammurabi, 2006.
- MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, *Derecho Penal*, parte especial, 2ª ed., Sevilla, Universidad de Sevilla, 1976.
- NÚÑEZ, RICARDO, *Derecho Penal Argentino*, parte especial, III, Bs. As., Bibliográfica Argentina, 1961.
- ORTS BERENQUER, ENRIQUE, ET AL., *Derecho Penal*, parte especial, Valencia, Tirant lo Blanch, 1990.
- PALAZZO, FRANCESCO, *Corso di diritto penale. Parte generale*, 3ª ed., Torino, 2008.
- PASTOR, DANIEL R., *Recodificación Penal y Principio de Reserva de Código*, Bs. As., Ad-Hoc, 2005.
- PIÑA, ROXANA, “El Código Penal y su interpretación en la Jurisprudencia”, t. II, Bs. As., Rubinzal-Culzoni Editores, 2003.
- RAMOS MEJÍA, ENRIQUE, *El delito de concusión (exigencia de dádivas en el ámbito de la función pública)*, Bs. As., Depalma, 1963.
- RIMONDI, JORGE LUIS, *La problemática actual de la concusión*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni Editores, 1999.
- ROBATTO, ESTELA, ET AL., “De amor y de Crimen, o nosotros no legislamos para la periferia”, en Beatriz Kalinzsky (ed.), *Justicia, Cultura y Derecho Penal*, Bs. As., Ad-Hoc, 2000.
- ROMERO CASABONA, CARLOS MARÍA, “Los delitos contra la vida humana: el delito de homicidio”, en *Revista de Derecho Penal, Delitos contra las personas*, Bs. As., Rubinzal-Culzoni Editores, 2003.
- ROXIN, CLAUS, *Derecho Penal*, parte general, t. I: Fundamentos, la estructura de la teoría del delito, Madrid, Civitas, 1997.
- ROXIN, CLAUS, “*Politica criminale e sistema del diritto penale (1970)*”, en Sergio Moccia (ed.), *Politica criminale e sistema del diritto penale. Saggi di teoria del reato*, Nápoles, 1998.
- ROXIN, CLAUS, *Derecho Penal. Parte General*, t. I, Madrid, Civitas, 1997.

## FUENTES CITADAS

---

- SABSAY, DANIEL A., “El régimen penal cambiario a la luz de un sistema de garantías contemplado en la Constitución Nacional y en los Tratados Internacionales”, [en línea] [www.bcra.gov.ar/pdfs/regimenpenalcambiario/09.PONENCIA%20DR%20SABSAY%20JORNADAS%20RPC%20AGOSTO%202009.pdf](http://www.bcra.gov.ar/pdfs/regimenpenalcambiario/09.PONENCIA%20DR%20SABSAY%20JORNADAS%20RPC%20AGOSTO%202009.pdf)
- SANCINETTI, MARCELO, “Negociaciones Incompatibles con el Ejercicio de Funciones Públicas”, en *Doctrina Penal*, Depalma, 1986.
- SLOKAR, ALEJANDRO, *Derecho Penal*, parte general, Bs. As., Ediar, 2000.
- SOLER, SEBASTIÁN, *Derecho Penal Argentino*, Bs. As., Tea, 1953.
- SPOLANSKY, NORBERTO, “Culpabilidad. La responsabilidad solidaria de las sociedades anónimas y de sus directivos en el Régimen Penal Cambiario (El caso del Banco Santander)”, en *LL* 1978-D.
- SUEIRO, CARLOS C., “Un claro exponente del Panpenalismo y sus discursos del Derecho Penal de Segunda Velocidad, Derecho Penal de Emergencia y la Administrativización del Derecho Penal”, [en línea] <http://www.terrag-nijurista.com.ar/doctrina/regimen.htm>
- SUTHERLAND, EDWIN, *El delito de cuello blanco*, Rosa del Olmo (trad.), Madrid, La Piqueta, 1999.
- VIGANO, FRANCESCO, *Sulla ‘nuova’ legittima difesa*, en *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006.
- VILLADA, JORGE LUIS, “El Filicidio circunstanciado”, en *LLNOA*, agosto, 2005, 943-DJ2005-2,1291.
- VIVES, ANTON T. S., *ET AL.*, *Derecho Penal*, parte especial, Valencia, Tirant lo Blanch, 1990.
- LISZT, FRANZ VON, “*Der Begriff des Rechtsgutes im Strafrecht und in der Encyclopädie des Strafrechts*”, en *ZStW*, 1888.
- LISZT, FRANZ VON, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 21-22ª ed., Goldbach, 1997.
- WELZEL, HANS, *Derecho Penal alemán*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1993.
- ZAFFARONI, E. RAÚL, “Figura atenuada de infanticidio, su reestablecimiento”, en Castex, Mariano, *Estado puerperal e infanticidio. Implicancias médico-legales y psiquiátrico-forenses*, Bs. As., Ad-Hoc, 2008.
- ZAFFARONI, E. RAÚL, *Tratado de Derecho Penal*, t. I, Bs. As., Ediar, 1998.
- ZAFFARONI, E. RAÚL, *ET AL.*, *Derecho Penal*, Bs. As., Ediar, 2000.



# Índice temático

## A

- ABUSO SEXUAL** P. 8, 9, 13, 148, 152, 172, 174  
**agresiones sexuales** P. 8, 12  
**integridad sexual** P. 11, 12, 13, 14, 15
- ANTEPROYECTO DE CÓDIGO PENAL DE LA NACIÓN** P. 37, 54, 104, 108, 140

## C

- CÓDIGO PENAL DE LA NACIÓN** P. 87, 104, 123, 171
- CONSTITUCIÓN NACIONAL** P. 8, 50, 92, 124, 146
- CORRUPCIÓN DE MENORES** P. 4, 7, 8, 9, 10, 15
- corrupción sexual** P. 5  
**delito de corrupción** P. 3, 4, 8, 9, 10, 13, 14, 15

## D

- DELITO CONTINUADO** P. 8, 10, 11, 12, 13, 15
- DELITO DE GENOCIDIO** P. 123, 124, 126, 127, 131, 132, 133, 135, 136, 139, 140, 141
- Convención para la Prevención y Represión del Delito de Genocidio** P. 126, 127, 134, 137, 138, 139, 140
- Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional** P. 126, 127, 134, 136, 137, 138, 139, 140, 155, 157
- grupos identitarios** P. 128, 130, 132, 133, 136

- DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA** P. 49, 54
- abuso de autoridad** P. 51
- dádivas** P. 51, 53, 56, 58, 59, 65, 67, 68
- exacciones ilegales** P. 51, 56, 57, 75, 76
- malversación de caudales públicos** P. 51, 69
- violación de los deberes de funcionario** P. 51, 69

- DERECHOS HUMANOS** P. 11, 85, 97, 98, 138, 155, 162, 169, 174
- Convención Americana sobre Derechos Humanos** P. 85, 138, 174
- Corte Interamericana de Derechos Humanos** P. 138
- Declaración Universal de Derechos Humanos** P. 85

## H

- HOMICIDIO** P. 13, 107, 113, 114, 148, 152, 153
- estado puerperal** P. 110, 112, 113, 115, 119, 120
- homicidio agravado por el vínculo** P. 107
- homicidio atenuado** P. 107, 113
- homicidio en grado de tentativa** P. 152
- infanticidio** P. 107, 109, 110, 113, 114, 115, 118

## L

- LESIONES** P. 5, 160, 161, 162
- lesiones culposas** P. 38
- lesiones dolosas** P. 38
- LEY PENAL EN BLANCO** P. 91, 93, 99, 125, 132
- LEY PENAL MÁS BENIGNA** P. 87, 92, 93, 96, 98, 99, 100, 101, 102, 103, 104, 10

## P

- PENA** P. 8, 9, 10, 13, 14, 15, 19, 21, 23, 28, 29, 30, 34, 35, 36, 37, 38, 41, 42, 44, 47, 49, 51, 55, 60, 61, 63, 66, 70, 71, 72, 76, 78, 79, 83, 86, 91, 96, 97, 98, 106, 111, 112, 116, 120, 121, 124, 126, 132, 145, 148, 149, 151, 152, 153, 155, 156, 157, 158, 159, 160, 161, 162, 163, 164, 165, 166, 168, 174, 175, 184, 187, 188, 190
- inhabilitación especial** P. 41, 60
- pena de inhabilitación** P. 37, 38, 42
- pena de prisión** P. 9, 34, 35, 55, 61, 71, 72, 79, 83, 155, 156, 157, 166, 187, 188
- proporcionalidad de las penas** P. 60, 148, 153, 190
- supresión de la prisión perpetua** P. 155
- tipo penal atenuado** P. 111
- POLÍTICA CRIMINAL** P. 18, 38, 144, 154, 169, 179, 190
- PRINCIPIO DE LEGALIDAD** P. 4, 6, 15, 21, 22, 24, 28, 32, 36, 81, 85, 86, 87, 92, 93, 105, 106, 132, 147, 174, 175, 189
- PRINCIPIO DE RETROACTIVIDAD** P. 87, 92, 99, 100, 103, 104

## R

- RÉGIMEN PENAL CAMBIARIO** P. 85, 87, 88, 91, 92, 93, 104, 106
- ROBO** P. 143, 144, 145, 146, 147, 151, 153, 159, 167
- robo agravado** P. 143, 150, 152

## S

- SUSPENSIÓN DEL PROCESO A PRUEBA** P. 35, 37, 39, 41, 155

## T

- TIPO PENAL** P. 4, 5, 6, 7, 10, 13, 15, 19, 50, 51, 55, 59, 61, 68, 69, 71, 73, 74, 78, 79, 82, 89, 90, 92, 93, 99, 104, 105, 106, 111, 125, 132, 133, 136, 139, 147, 149, 173, 175, 184, 188
- tipos penales en blanco** P. 87, 92

## V

- VIOLACIÓN** P. 69, 81, 148, 152, 154, 164, 171