

ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO
Y CIENCIAS SOCIALES DE CÓRDOBA
INSTITUTO DE CIENCIAS PENALES
"JORGE DE LA RÚA"

CUADERNOS DE DERECHO PENAL

MAYO 2024

10

TEMAS Y ACTUALIDAD DEL DERECHO PENAL
/ El tipo objetivo del delito de incitación pública a la violencia colectiva (art. 212 C.P.) / Progresiva afectación de un bien jurídico sin unidad de ejecución / Sobre el lavado de activos y los deberes del abogado / Requisitos de la legítima defensa en contexto de violencia de género en el ámbito doméstico / Las penas de los delitos básicos y de los delitos calificados en el sistema del Código / Imprescriptibilidad de los delitos contra la administración pública /

ISSN 2469-2085

**ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO
Y CIENCIAS SOCIALES DE CORDOBA**

INSTITUTO DE CIENCIAS PENALES
"JORGE DE LA RÚA"

CUADERNOS DE DERECHO PENAL

Número 10

ESTUDIOS SOBRE ACTUALIDAD
DEL DERECHO PENAL

CÓRDOBA
REPÚBLICA ARGENTINA
MAYO 2024

**ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO
Y CIENCIAS SOCIALES DE CÓRDOBA**

Autoridades

(Período 2022-2025)

ARMANDO S. ANDRUET (h)
Presidente

MARCELA ASPELL
Vicepresidenta

JUAN MANUEL APARICIO
Secretario

MANUEL CORNET
Tesorero

JUAN CARLOS PALMERO
Director de Publicaciones

EFRAÍN H. RICHARD
Revisor de cuentas

CHRISTIAN G. SOMMER
Secretario Técnico

Dirección: Gral. Artigas 74 — C.P. X5000KVB – Córdoba
República Argentina
Tel/Fax (0351) 4214929
E-mail: secretaria@acaderc.org.ar
Consulte novedades doctrinarias en:
www.acaderc.org.ar

INSTITUTO DE CIENCIAS PENALES

Autoridades

CARLOS JULIO LASCANO
Director

JOSÉ DANIEL CESANO
Vicedirector

CAROLINA PRADO
Secretaria

ANA MARÍA CORTÉS
Directora del Cuaderno

Comité Editorial

JUAN CARLOS PALMERO
CARLOS JULIO LASCANO
ANA MARÍA CORTÉS

Comité Evaluador Externo

MARCO ANTONIO TERRAGNI
EUGENIO RAÚL ZAFFARONI
DIEGO MANUEL LUZÓN PEÑA (España)
JESÚS MARÍA SILVA SÁNCHEZ (España)

Daniel Álvarez Doyle / Gustavo A. Arocena / Osvaldo Baccino / Maria C. Barberá / Enrique N. Baronetto / Enrique R. Buteler / Pedro J. Caballero / Horacio A. Carranza Tagle / José D. Cesano / Ana M. Cortés / Álvaro E. Crespo / Sofía Díaz Pucheta / Débora Ferrari / Pablo R. Fresneda / Sebastian García Amuchástegui / Julieta García Gómez / Eduardo F. Gómez Caminos / José H. González del Solar / Gerard Gramática Bosch / Esteban Grand Grundy / Darío Illanes / Sofía B. Juárez / Carlos J. Lascano / Ezequiel López Messio / Natalia Luna Jabase / Enrique A. Maglione / Manuel G. Manzanel / José I. G. Pazos Crocitto / José M. Peralta / Carolina Prado / Lucas Ríos / Aldo Riso / Ignacio Ruiz Moreno / Alejandro Sánchez Freytes / Elba C. Saucedo Quintana / Aída Tarditti / Martín Torés / Roberto V. Vásquez / Oscar T. Vera Barros / Maximiliano Videla



Esta obra está bajo una
Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional

NOTA PRELIMINAR

Es muy grato abrir las páginas del Cuaderno N° 10 mencionando que el Instituto de Ciencias Penales, en su actual configuración y con su actual cuerpo directivo, cumple diez años de existencia, por lo cual saludamos a todos sus integrantes, miembros correspondientes, colaboradores y lectores en general que, año tras año, se acercan con interés a esta publicación.

Previo a la presentación de los trabajos que fueron elaborados y debatidos en el ámbito del Instituto a lo largo de 2023, que abarcan —como es usual— diversas temáticas del Derecho penal que se hallan en la esfera del interés propio de cada uno de sus autores, se incluyen en el presente Cuaderno sendas disertaciones de nuestro Director, Dr. Carlos Julio Lascano: la primera, en la que evoca con emoción el recuerdo personal y el relieve internacional de una figura como la del Dr. Ernesto Garzón Valdés, luego de conocido su fallecimiento en Alemania, el 19 de noviembre del pasado año; en la segunda, el Dr. Lascano realiza un resumen de su propio recorrido personal y profesional, sus recuerdos, sus gratitudes, a propósito de la presentación del merecido Libro-Homenaje que colegas y amigos le dedicaron a su extensa trayectoria y a su apreciado magisterio, y que fuera publicado por la Editorial Ad-Hoc en 2023.

Esta nota preliminar no puede cerrarse sin un especial recordatorio de nuestro colega, amigo y miembro del Instituto de Ciencias Penales, Dr. Juan Carlos Reynaga, tristemente fallecido el 7 de octubre de 2023, con apenas 58 años. Su paso por nuestro Instituto deja una sensible huella, por su calidez humana y su lúcida presencia. No solo su colaboración con este Instituto atestigua su entusiasmo por la vida académica y de investigación, sino también sus diversas publicaciones en torno al Derecho penal y a la actividad judicial, desde una visión crítica del sistema. Luego de una etapa de ejercicio profesional independiente y de una carrera desarrollada en la justicia provincial de Catamarca, culminó su carrera en el ámbito federal como Juez de Cámara del Tribunal Oral de Catamarca, labor que desempeñó con ética intachable y compromiso institucional, especialmente en causas de gran repercusión social, como las de la masacre de Capilla del Rosario, el juzgamiento del crimen de Monseñor Angelelli, la megacausa del Operativo Independencia, entre otras causas por crímenes de lesa humanidad perpetrados en Tucumán, La Rioja, Catamarca y Santiago del Estero, durante la última dictadura cívico-militar. La Universidad de Catamarca conoció también de su empeño y vocación docente, del mismo modo que la sociedad catamarqueña supo valorar su generosa tarea social, en la creación de una organización como Manos Solidarias de Catamarca o en el apoyo directo que, junto a su esposa Alejandra Ferreyra, supo brindar a comedores y merenderos de esa ciudad. Su recuerdo afectuoso y fraterno será siempre un motivo valedero para atenuar, en parte, el hondo pesar que deja su partida.

Córdoba, Argentina
Mayo de 2024

ÍNDICE

DISERTACIONES EN EL ÁMBITO DE LA ACADEMIA:

- CARLOS JULIO LASCANO**
In Memoriam del Prof. Dr. Ernesto Garzón Valdés. 13
- CARLOS JULIO LASCANO**
Palabras de agradecimiento por la publicación del libro-homenaje *El Derecho Penal en transición*. 15

TRABAJOS DE INVESTIGACIÓN EN EL ÁMBITO DEL I.C.P.:

- CARLOS JULIO LASCANO**
El tipo objetivo del delito de incitación pública a la violencia colectiva (art. 212 CP) desde una perspectiva constitucional. 23
- HORACIO A. CARRANZA TAGLE**
Progresiva intensificación de la afectación de un bien jurídico sin unidad de ejecución. ¿Concurso de leyes? ¿Concurso ideal? ¿Concurso real? A propósito del caso “Dávila”. 39
- GERARD GRAMÁTICA BOSCH Y DÉBORA RUTH FERRARI**
Lavado de activos y deberes del abogado. 51
- SOFÍA DÍAZ PUCHETA**
Requisitos de la legítima defensa en contextos de violencia de género en modalidad doméstica. 67
- ROBERTO V. VÁSQUEZ**
Las penas de los delitos básicos en el sistema del Código. 85
- ROBERTO V. VÁSQUEZ**
Las penas de los delitos calificados en el sistema del Código. 117
- JOSÉ IGNACIO G. PAZOS CROCITTO**
Imprescriptibilidad de los delitos contra la administración pública. 173

In Memoriam* del Prof. Dr. Ernesto Garzón Valdés

Por: CARLOS JULIO LASCANO

Estoy consternado por la triste noticia del fallecimiento, a sus 96 años, de nuestro Académico Correspondiente en Alemania el Profesor Emérito Dr. Ernesto Garzón Valdés, ocurrido en Bonn el pasado 19 de noviembre.

No sólo como Director de este Instituto, sino fundamentalmente como ex alumno y amigo del querido Profesor Garzón Valdés, deseo rendirle un sentido homenaje en esta última sesión del corriente año.

Es difícil expresar en breves palabras el cariño y el agradecimiento que merece un Maestro como Ernesto Garzón, quien se destacó como uno de los grandes intelectuales de nuestro país, con innegable proyección internacional. De origen cordobés, ciudadano del mundo, fue autor de una de las obras más sólidas de Filosofía del Derecho que, abrevando de diferentes culturas y tradiciones, abordó los principales problemas y discusiones de la disciplina posteriores a la Segunda Guerra Mundial.

Como lo hice el 23 de junio de 2005, en el acto por el cual la Universidad Nacional de La Rioja le confirió el grado académico de profesor honorario, hoy prefiero resaltar la inquebrantable coherencia entre lo que Garzón Valdés transmitió durante décadas desde la cátedra a varias generaciones de estudiantes universitarios y su intachable conducta pública como diplomático, docente e investigador, siempre en defensa de la vigencia de los valores democráticos y liberales, en un mundo tan necesitado de ejemplos éticos.

Ernesto Garzón Valdés, en sustanciosos ensayos y trabajos ha enfatizado la importancia de la tolerancia y del respeto a la dignidad de cada cual, a la vez que la necesidad de la fundamentación racional de las convicciones morales y políticas. Abordó los temas y cuestiones más candentes de la política y más importantes de la filosofía jurídica, moral y política. Asuntos que iban desde el paternalismo jurídico a los límites de la tolerancia o los problemas implicados en el trasplante de órganos, desde el terrorismo o las características de la legitimidad hasta las delimitaciones entre lo íntimo, lo privado y lo público, desde el multiculturalismo a los derechos humanos entendidos, en su expresión, como un “coto vedado”, entre muchos otros. Una importante recopilación de sus escritos es el libro: *Derecho, ética y política* (1993).

Con gran precisión ha sostenido que “la recuperación de la fe democrática y la puesta en práctica de propuestas que hagan posible la viabilidad de una convivencia en condiciones de equidad es el medio más seguro para evitar los efectos disolventes de la corrupción en una sociedad democrática” (*El velo de la ilusión. Apuntes sobre una vida argentina y su realidad política*, Editorial Sudamericana, Buenos Aires, 2000, pp. 344 y 345).

En su libro *Calamidades* (Gedisa, Barcelona, 2004, p. 198), entre las catástrofes atribuibles al hombre, junto al terrorismo de Estado ubica al terrorismo político no institucionalizado; respecto de quienes lo practican ha dicho que “son autores de comportamientos criminales en ningún caso excusables y de una de las calamidades más graves que se ciernen sobre el destino de la humanidad”.

Hasta el final de sus días, Ernesto me hablaba de esa “Argentina impotente” a la que aludió en la última página de “*El velo de la ilusión*” (ob. cit., p. 376) cuando expresó:

* Palabras de homenaje pronunciadas al comienzo de la última sesión del año en curso del Instituto de Ciencias Penales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, que tuvo lugar el miércoles 22 de noviembre de 2023.

“Aquí habría que incluir el quehacer y las desventuras de todos aquellos que creyeron y siguen creyendo en la viabilidad de un Estado social de derecho dentro del marco de la democracia representativa. Son justamente ellos quienes ofrecen en el país y en la diáspora la imagen del argentino honesto, trabajador, creador y tolerante”.

Querido Ernesto, maestro ejemplar y amigo entrañable: si bien nada podrá compensar tu ausencia física, tu recuerdo luminoso me acompañará siempre como un preciado regalo de la vida, hasta que nos volvamos a encontrar.

Palabras de agradecimiento por la publicación del libro-homenaje *El Derecho Penal en transición**

Por: CARLOS JULIO LASCANO

Señor Académico Presidente Dr. Armando Andruet (h),
Señor Académico Presidente Honorario Dr. Juan Carlos Palmero,
Señores Académicos de Número y Correspondientes,
Señores miembros de los Institutos de Ciencias Penales, de Derecho Procesal y de Derecho Comparado,
Señores profesores, docentes y adscriptos de las cátedras de Derecho Penal de la Facultad de Derecho de la U.N.C., en especial de la Cátedra C de Derecho Penal I,
Queridos directores, coordinadora, autoras y autores de la obra presentada,
Queridos familiares y amigos, también los que nos acompañan por Zoom,
Señoras y señores,

Es para mí una honda satisfacción poder expresar mi profundo y emocionado agradecimiento a la generosidad académica de quienes me han precedido en el uso de la palabra y de todos aquellos que como directores, coordinadores y autores han hecho posible la publicación de esta obra colectiva que hoy es presentada a la comunidad científica, la cual cuenta con treinta y nueve valiosos trabajos aportados por queridos amigos y colegas, profesores de nuestro país y de varios países de Iberoamérica y de Europa. También al Dr. Rubén Villela, director de la prestigiosa editorial Ad-Hoc de Buenos Aires, por la impecable edición del libro con el cual se me tributa este homenaje. Del mismo modo a esta querida Academia que tan bien nos recibe y a quienes han colaborado activamente para que este acto se realice, de manera especial a los Dres. Carolina Prado y Christian Sommer, y a Jorge.

Responder hasta qué punto el reconocimiento que se me confiere es o no una decisión justificada, es algo cuya fundamentación escapa a mi competencia; pero debo en este momento manifestar con afecto un rosario de agradecimientos hacia las personas e instituciones que –con mis aciertos y errores– me han permitido haber llegado a estos 74 años de vida desde que fui concebido, con una provechosa experiencia docente universitaria, profesional y judicial.

En primer lugar, agradezco la protección de “*Dios, fuente de toda razón y justicia*” –como afirma el Preámbulo de nuestra Constitución Nacional– por haberme regalado la existencia, que me fue transmitida por mis padres, siendo yo el mayor de los ocho hijos con los cuales fundaron una prolífica y austera familia, formada en base a los más altos valores cristianos, morales y cívicos, contando con la ayuda de abuelos, tíos y primos que siempre estuvieron a nuestro lado. Algunos de mis hermanos están aquí ahora y por ello les agradezco. A todo ello contribuyó el invalorable aporte de la educación primaria y secundaria recibida de los Hermanos de la Sagrada Familia, primero en el Colegio de la Inmaculada y luego, desde su fundación en 1959 y hasta mi egreso como bachiller en 1966, en el Colegio Gabriel Taborin; con muchos de nuestros amigos y compañeros de esa promoción –algunos de los cuales hoy me acompañan–, luego de cincuenta y siete años seguimos

* Acto celebrado en la sede de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba el martes 25 de julio de 2023, en el cual fue presentada la obra colectiva intitulada *El Derecho Penal en transición – Libro homenaje a Carlos Julio Lascano (h)*, Directores Gabriel Pérez Barberá, José Milton Peralta y Alejandra Verde, Coordinadora Valentina Pedernera, Ad-Hoc, Buenos Aires, mayo de 2023.

manteniendo afectuosos vínculos y periódicos encuentros que alimentan nuestra nostalgia y nos colman de felicidad.

Mi agradecimiento a mis queridos hijos y nietos, varios de los cuales están aquí presentes, quienes constituyen una fuente de alegría para sobrellevar algunas situaciones complicadas pero a la vez son la esperanza en un futuro más venturoso que nos merecemos como argentinos.

Un lugar especial ocupa en mi corazón mi querida esposa Silvia, quien con su amor ilimitado siempre ha estado y está a mi lado, en las buenas y en las no tan buenas. Baste señalar que sin su decisiva intervención ustedes no podrían congratularme por mi carrera como docente universitario, ya que fue ella quien me impulsó, alentó y acompañó a presentarme al concurso de Jefe de Trabajos Prácticos, a partir del cual pude reingresar a la cátedra de Derecho Penal I a la cual había renunciado cinco años antes, en decisión equivocada, luego de haber obtenido mi Doctorado en Ciencias Jurídicas en la Universidad Nacional del Litoral. Ese fue el puntapié inicial que luego me permitió alcanzar por concurso en julio de 1997 el cargo de profesor titular de dicha asignatura, en el que estoy próximo a jubilarme.

Durante mi carrera de Abogaría en nuestra Casa de Trejo –entre 1967 y marzo de 1972- tuve la suerte de recibir las enseñanzas de grandes profesores, muchos de ellos pertenecientes a la célebre Escuela de Derecho de Córdoba. Mencionarlos sería extender demasiado esta presentación, pero debo agradecerles la formación jurídica y humana de excelencia que me brindaron. Sin embargo, no puedo dejar de referirme brevemente a los que me marcaron intensamente.

En tal sentido, debo ponderar la postura inculdicable de Ricardo Núñez en lo que pensó, dijo e hizo a favor del liberalismo penal para acotar los desbordes autocráticos del poder punitivo, destacándose por su *coherencia jurídica y republicana*¹; por ello, fue siempre un ferviente defensor de la función que la Constitución acuerda a los jueces en el juzgamiento de los delitos. No tuve la suerte de haber sido alumno suyo, porque cuando ingresé a cursar la carrera de Abogacía, ya habían transcurrido varios años desde que el Dr. Ricardo Núñez –todavía en la plenitud de su capacidad científica y de su prestigio académico- se había desvinculado de sus funciones como profesor de Derecho Penal y Director del viejo Instituto de Derecho Penal de nuestra Facultad. Pero, con sano orgullo, me considero “nieto intelectual” del Profesor Núñez porque debo mi inclinación hacia la dogmática jurídico-penal y mi formación como penalista, a dos personas que fueron sus discípulos directos y dilectos: mi querido Profesor Jorge de la Rúa y mi padre; para éste “don Ricardo” (como acostumbraba llamarlo con una combinación de cariño y devoción) era su maestro, consejero y amigo, razón por la cual siempre fue una figura muy cercana a nuestra familia y desde mi infancia pude tratarlo con afecto recíproco (al igual que a mi padre, me nombraba como “Lascanito”).

El Dr. Jorge de la Rúa, cuyo nombre lleva el Instituto de Ciencias Penales de nuestra Academia de Derecho, fue el más joven, aventajado y favorito discípulo de Núñez. Destaco mi profundo respeto, cariño y gratitud por lo mucho que él aportó a mi formación y a mi vida desde que en 1968 fui su alumno en Derecho Penal I, cuando estrenó su flamante titularidad de la cátedra, ganada por concurso, contando entonces con tan sólo 26 años de edad. Quienes tuvimos el privilegio de haber sido sus alumnos siempre recordamos con

¹ Así tituló Aída Tarditti a su conferencia del 15/5/00, publicada en *Homenaje y recordación a Ricardo C. Núñez*, Lerner, Córdoba, 2000, p. 15 y ss.

admiración sus clases, por su claridad expositiva y su poder de síntesis. En los años 1972 y 1973 cursé y aprobé con él mi adscripción a Derecho Penal I, y en 1974 fui designado en su cátedra a cargo de un grupo de cursado teórico-práctico. La autocracia imperante a partir de 1976 lo obligó a varios años de exilio en Venezuela, de donde regresó en 1981 sin resentimiento ni revanchismo. Guardo agradecido en mi memoria innumerables anécdotas de los gratos momentos que pude compartir a su lado, no sólo en el ámbito universitario — primero como alumno, luego como adscripto y docente de su cátedra; en los últimos años como titulares de cátedra (él ya era profesor plenario y después profesor emérito), sino también en el Instituto de Ciencias Penales de esta Academia, de la cual De la Rúa fue Director entre 2009 y 2014, el Dr. José Ignacio Cafferata Nores Coordinador del Área de Derecho Procesal y el suscripto Coordinador del Área de Derecho Penal— pero fundamentalmente por la generosa amistad que siempre me brindó.

Otro gran profesor que tuve en mi carrera de grado fue el querido Ernesto Garzón Valdés, cuyas inolvidables clases de Filosofía del Derecho nos deleitaban durante el año 1971, todos los sábados por la mañana. Al igual que Jorge de la Rúa, Ernesto Garzón padeció la crueldad del exilio forzado. Aunque siguió residiendo en Bonn, años más tarde la vida nos volvió a reunir y pudimos consolidar una fecunda relación académica y amical, de la cual soy un eterno agradecido. De él pude aprender la importancia de no usar la cátedra de modo autoritario. Siempre nos decía que una forma especial de autoritarismo es la radical falta de humor y la creencia de que el conocimiento científico puede transmitirse sólo con gesto grave y solemne, que una exposición pierde jerarquía si uno cede a la tentación del chiste oportuno y que los exámenes dejan de ser un medio idóneo para juzgar al estudiante si no se convierten en verdaderos anticipos del infierno.

Ingresando a mi formación de postgrado pongo de relieve que la Dra. Hilda Marchiori —quien tiene un bien ganado prestigio en el ámbito científico internacional por sus significativos aportes al Derecho Penitenciario, la Criminología, la Victimología y los Derechos Humanos, como autora de innumerables publicaciones— en 1985 impartió en nuestra Facultad de Derecho un excelente curso de Criminología en el cual pude aprender mucho de lo poco que sé de esa valiosa ciencia auxiliar del Derecho Penal. Mi sincero agradecimiento para ella.

En los Seminarios que dictó el profesor Dr. Fernando Martínez Paz en nuestra Facultad y en las reuniones del Instituto de Educación de esta Academia que él dirigía, tuve la oportunidad de conocer de cerca y adherir al modelo jurídico multidimensional que él proponía. Ello me permitió comprender que la tutela de bienes jurídicos y de valores éticos no son funciones del Derecho Penal incompatibles entre sí pues se condicionan recíprocamente. Los principios ético-jurídicos legitiman la coacción y la sanción jurídicas, en cuanto el orden social depende también de la aplicación de un Derecho justo y eficaz. Por ello, mi recuerdo agradecido de tan ilustre maestro.

No puedo dejar de evocar, con mucha nostalgia y gratitud al querido Enrique García Vitor, destacado Profesor de Derecho Penal de la Universidad del Litoral, con quien compartimos una fraternal relación como docentes de la misma asignatura y una linda amistad. Juntos ejercimos la dirección de la carrera de especialización en Derecho Penal que a partir del año 2003 se dictó en nuestra Facultad, coorganizada por ésta y la Facultad de Ciencias Jurídicas de aquella casa de Altos Estudios con sede en la ciudad de Santa Fe. Su prematura partida en enero de 2006 ha dejado en mí un espacio que luego de tantos años todavía no logro llenar.

De igual modo agradezco con énfasis a dos grandes Maestros de la Dogmática-jurídica de nuestro tiempo, que me distinguen con su amistad y han contribuido al libro que se me obsequia con sendos trabajos de significativa calidad científica. Me refiero al ex

catedrático de la Universidad de Múnich Dr. Claus Roxin y al catedrático de la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona, Dr. Jesús-María Silva Sánchez. Ambos son académicos brillantes, de los cuales he extraído sabias enseñanzas que han nutrido mi docencia universitaria de grado y postgrado, como muchos de mis trabajos de investigación, pero de modo preponderante, son personas entrañables, de una humanidad conmovedora.

No debo omitir mencionar mi paso por la docencia universitaria -de grado y postgrado- en la Universidad Nacional de La Rioja, a la que con otros apreciados docentes de diversas asignaturas de Derecho, provenientes de nuestra facultad cordobesa, concurrí como Profesor Titular de Derecho Penal I durante catorce años. Fue una sacrificada pero atrapante labor. Hoy me acompaña el Profesor José Eduardo Tapia, quien fue un eficiente adjunto de mi cátedra de La Rioja.

Un año antes de egresar con el diploma de abogado, realicé una pasantía rentada en el estudio jurídico del Dr. José Severo Caballero, de quien aprendí la práctica de la abogacía, redactando escritos y acompañándolo a las audiencias de juicios orales o a la tramitación de causas recorriendo diariamente los despachos y barandillas del antiguo edificio de Tribunales de la Provincia. Mucho le debo y por ello le estoy agradecido.

A los dos meses de recibido de abogado, ingresé —como asociado primero y más adelante como socio— al prestigioso estudio jurídico del Dr. Horacio Oliva Vélez, quien había sido profesor adjunto de Obligaciones en nuestra Facultad. Mi gratitud permanente para ese verdadero jurista y hombre de bien, de gran integridad moral, que fue el Dr. Horacio Oliva Vélez, de quien aprendí muchísimo y lo sigo extrañando.

Allí comencé mi experiencia con asuntos civiles, comerciales, laborales, y, al principio, en menor medida, penales. Ella me brindó una visión integral del Derecho, pero con el correr del tiempo me fui especializando cada vez más en el Derecho Penal, que terminó absorbiéndome casi totalmente. En total fueron treinta y siete años de ejercicio de la profesión, con un grupo de excelentes colegas que fueron variando en el tiempo, aunque hubo una breve interrupción debida a mi fugaz paso por la función pública, como Ministro de Justicia de la Provincia, entre julio de 1999 y marzo de 2001.

En el desempeño del aquel cargo ministerial en los comienzos de la primera gestión gubernativa del Dr. José Manuel de la Sota, al que me dediqué de lleno y con entusiasmo —poniendo lo mejor de mis conocimientos técnicos de un hombre de Derecho— como titular de un ministerio que nunca antes había existido en el organigrama provincial; lo hice con vocación de servicio, aunque nunca había realizado actividades políticas partidarias. Rescato —gracias a la valiosa colaboración de un calificado grupo de profesionales— la puesta en marcha de ese Ministerio, como asimismo del flamante Consejo de la Magistratura que era un órgano que no tenía rango constitucional sino legal, cuya función era la selección de magistrados judiciales y funcionarios del Ministerio Público Fiscal y de la Defensa, a través de concursos públicos transparentes de antecedentes y oposición, del cual surgía un orden de mérito para las propuestas del Poder Ejecutivo al Senado Provincial. También se hizo el traslado de los internos al recién inaugurado establecimiento Reverendo Padre Luchesse, más conocido como la cárcel de Bower.

Mis últimos trece años de ejercicio activo del Derecho lo fueron como juez de la Nación. Luego del correspondiente concurso ante el Consejo de la Magistratura, fui designado en el año 2009 como vocal del Tribunal Oral en lo Criminal Federal n° 2 de Córdoba.

Durante mi época de magistrado judicial, la noche del 26 de enero de 2011, sufrí lesiones gravísimas que me colocaron al borde de la muerte, por haber sido violentamente embestido el automotor que yo conducía por otro vehículo de mayor tamaño, que ingresó

en una bocacalle a gran velocidad y violando elementales reglas de tránsito; en el Hospital Municipal de Urgencias la Providencia Divina, con la eficaz colaboración de un grupo de excelentes médicos y personal de los equipos de salud, salvaron mi vida después de varias semanas de internación en distintos sectores del centro asistencial: *shock room*, sala de terapia intensiva, sala de cuidados intermedios, sala común. Siempre recordaré con inmensa gratitud a esos profesionales, entre los que destaco a tres médicas de terapia intensiva que me asistieron día y noche, las Dras. Sara Ricci, Andrea Vilkelis y Paula Lavaselli, a quienes bauticé cariñosamente “los Ángeles de Charlie”, porque a pesar del cansancio me brindaban su sonrisa angelical. Lamentablemente hace un año Paula ya no está con nosotros, pero nos sigue cuidando desde el Más Allá.

Todo quien me conoce sabe que para mí es inaceptable cualquier posición que, en materia penal o procesal penal, pueda significar una ampliación ilegítima del poder punitivo del Estado, en menoscabo de las garantías constitucionales que resguardan los derechos fundamentales del individuo.

Sin embargo, frente a la acuciante realidad actual debemos preguntarnos: ¿dónde se sitúan los principios de un *Derecho Penal de intervención mínima*, basado en el respeto de las garantías constitucionales, con sus sub-principios de fragmentariedad y subsidiariedad?; ¿cuál es su rol en la actualidad ante la potenciación de sus efectos simbólicos que proporcionan a la opinión pública la ilusión de que la ley penal puede resolver el problema de la criminalidad, cuando la realidad demuestra la existencia de altos índices de exclusión social?; ¿de qué modo puede funcionar una sociedad en la cual un importante porcentaje de su población sufre hambre y el resto miedo a la inseguridad generada por el enfrentamiento de pobres contra pobres?

Tengo la convicción que será muy difícil reducir la corrupción que nos empobrece y también produce muertes, si no se logra construir una verdadera educación cívica que genere en los ciudadanos la conciencia de que son ellos quienes deben ejercer el control de los actos de sus representantes a través de los mecanismos legalmente establecidos, para fortalecer la confianza en el sistema democrático derivado del Estado constitucional de Derecho.

Ello debe ir acompañado de una legislación moderna, un Poder Judicial independiente y eficaz y la voluntad política de los gobernantes de combatir el flagelo de la corrupción.

Muchas gracias.

El tipo objetivo del delito de incitación pública a la violencia colectiva (art. 212 CP) desde una perspectiva constitucional

The objective type of the crime of the public incitement to collective violence (art. 212 CP) from a constitutional perspective

Por: CARLOS JULIO LASCANO*

RESUMEN: El presente trabajo analiza, en primer lugar, la diferencia entre los artículos 212 y 209 del Código Penal argentino, para luego profundizar —a la luz de los preceptos constitucionales— en la cuestión del delito de incitación pública a la violencia colectiva, a partir de sendos fallos recientes de la justicia provincial de Córdoba.

PALABRAS CLAVES: Tipo objetivo. Incitación pública a la violencia colectiva. Artículo 212 Código Penal. Riesgo permitido. Derecho a la libre expresión. Perspectiva constitucional.

ABSTRACT: *This paper analyzes, first of all, the differences between articles 212 and 209 of the Argentine Penal Code, and then delve deeper—in light of constitutional precepts—into the issue of the crime of public incitement to collective violence, based on two recent rulings of the provincial justice of Córdoba.*

KEYWORDS: *Objective Type. Public incitement to collective violence. Article 212 of Penal Code. Risk permitted. Right to free expression. Constitutional view.*

I. Introducción

Con la certera visión que lo caracteriza, ERNESTO GARZÓN VALDÉS² dijo que en el siglo XX hemos sido testigos de calamidades inmensas provocadas por el odio y el fanatismo.

Estamos llegando casi al primer cuarto de este siglo XXI y nuestra especie parece haber aprendido bastante poco de la terrible lección del monstruoso Holocausto. Lamentablemente ello es palpable en nuestro país a cuarenta años de la recuperación de las instituciones republicanas luego de haber padecido la violencia extraordinaria de los crímenes del terrorismo de Estado lesivos de la dignidad humana, pues estamos viviendo una época signada por la alarmante frecuencia de graves hechos de violencia colectiva contra grupos de personas o de instituciones, que resultan intolerables para la convivencia pacífica en sociedad.

En forma reiterada organizaciones sociales realizan “piquetes” y “acampes” en calles y rutas del país como asimismo en espacios públicos; en diferentes ciudades grupos numerosos de personas “saquean” supermercados y negocios, aun sorteando la presencia de efectivos policiales, algunos de los cuales resultan con lesiones de distinta gravedad; con cierta frecuencia supuestos ladrones son atrapados por grupos de varios vecinos decididos a tomar “justicia por mano propia” y brutalmente golpeados, con graves consecuencias para sus vidas y su integridad corporal; asimismo se producen en nuestra Patagonia ocupaciones por la fuerza de tierras, incendios de viviendas, campos y bosques, intimidación

* Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales por la Universidad Nacional de Litoral, Argentina. Miembro de Número y Director del Instituto de Ciencias Penales de la Academia Nacional de Derecho de Córdoba. Ex Profesor Titular de la asignatura Derecho Penal I, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UNC. Ex Juez del Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° II de Córdoba. Autor de diversos libros y artículos en publicaciones especializadas del país y del exterior.

² GARZÓN VALDÉS, E., “Respuesta a la violencia extraordinaria”, en *Propuestas*, Editorial Trotta, Madrid, 2011, p. 287.

ciones a turistas, ataques armados contra las fuerzas de seguridad, etc. por parte de agrupaciones mapuches; en los espectáculos futbolísticos las salvajes agresiones de grupos de “barrabravas” contra personas pertenecientes a una parcialidad rival, con muertes y lesiones, desde hace varios años han determinado en los encuentros de los certámenes organizados por AFA, en casi todo el territorio nacional, la prohibición de asistencia de simpatizantes del club que oficia de visitante; también son habituales en estadios de fútbol los violentos enfrentamientos entre integrantes de distintas facciones de la misma barra del club que oficia de local, por disputas de poder y de liderazgo, que muchas veces obedecen a intereses monetarios por negocios espurios. Desde años previos al luctuoso y salvaje asesinato de Fernando Baéz Sosa en Villa Gesell, pero también con posterioridad, en distintos lugares del país se vienen repitiendo casi todos los fines de semana —especialmente en el interior de locales bailables o en sus inmediaciones— hechos de similares características, protagonizados por grupos, “patotas” o “pandillas” que generan muertes y lesiones de todo tipo, configurando una espiral de violencia juvenil que parece no tener fin. A todo ello adicio- no los casi cotidianos hechos de violencia de género y los ataques de sicarios de la narco-criminalidad organizada en Rosario, el conurbano bonaerense y otras zonas, que tienen en vilo a la opinión pública nacional.

Los ejemplos que he brindado sin pretensión de exhaustividad —de conocimiento público y notorio— demuestran con elocuencia la presencia en nuestra sociedad de graves comportamientos grupales que se manifiestan a través de distintos tipos de violencia.

El origen y las causas de tan preocupante fenómeno —que atraviesa las distintas edades de sus protagonistas y las capas del tejido social a las que pertenecen— deberían ser objeto de serias investigaciones científicas con un enfoque multidisciplinario abarcativo de los aspectos filosóficos, sociológicos, criminológicos, culturales, educativos, psicológicos, etc., involucrados en la cuestión, con la finalidad de establecer verdaderas políticas de Estado para lograr una más eficaz prevención.

En lo que nos concierne como juristas debemos examinar la correcta aplicación de los instrumentos que nos brinda el ordenamiento jurídico vigente para el adecuado juzgamiento de tales hechos con las garantías de un Estado de Derecho y el castigo con las correspondientes penas, para evitar o reducir la comisión de tales comportamientos desviados, especialmente cuando son peligrosos o lesivos de los bienes jurídicamente protegidos.

En los casos con los cuales he ilustrado esta introducción podemos advertir que en la mayoría de ellos las conductas grupales violentas pueden subsumirse en delitos —consumados o tentados— que lesionan o ponen en riesgo bienes jurídicos protegidos en distintos títulos de la Parte Especial del Código Penal, tales como la vida, la integridad corporal, la libertad, la propiedad, la seguridad pública, el normal funcionamiento de los transportes y servicios. En tales situaciones son aplicables las reglas de los arts. 45 y 46 CP sobre autoría y participación criminal, siendo una de las formas posibles de la última la instigación consistente en determinar directamente a otra persona a cometer el hecho delictivo en cuestión. Sin embargo, en algunos de aquellos ejemplos los actos de violencia colectiva no encuentran adecuación típica en ninguna figura delictiva pues no son dirigidos a afectar bienes jurídicos protegidos por la ley penal, como los antes mencionados.

En el título VIII de los delitos contra el orden público el legislador argentino decidió realizar un importante adelanto de las barreras de protección penal cuando tipificó como delitos la conducta de quien *públicamente instigare a cometer un delito determinado contra una persona o institución* (art. 209 CP) y la de quien *públicamente incitare a la violencia colectiva contra grupos de personas o instituciones* (art. 212 CP). En ambos su-

puestos se trata de comportamientos que no significan ninguna acción lesiva de intereses individuales de terceros, o que no generan peligros concretos para ellos. Es más, en relación con esos derechos de terceros, ni siquiera se requiere un peligro abstracto, pues no hace falta que, pese a la instigación o a la incitación, nadie se decida a realizar una acción de esa clase con esos riesgos.

Cabe preguntarse: ¿cómo podría fundarse de modo plausible la tipificación penal de ambas conductas (arts. 209 y 212 CP) si en ambos supuestos no existe afectación de un bien jurídico concreto? Los autores responden que tal técnica legislativa no colisiona con el principio constitucional de lesividad u ofensividad (art. 19 CN) porque se encuentra legitimada en relación con la protección de otro interés, de carácter colectivo, como es «*la confianza de los administrados en el mantenimiento de la tranquilidad pública*»³, el bien jurídico protegido por el referido Título VIII según la doctrina mayoritaria.

Pero también en ambos casos se sanciona «*por la sola instigación*» y «*por la sola incitación*». Y por esa misma razón, dado que la vulneración o el peligro concreto de ese interés abstracto no puede ser presumido, las figuras en cuestión se satisfacen con un **delito abstracto**. Esto explica que calificada dogmática jurídico-penal clásica entendió que en estos delitos no se protegen en forma directa «*bienes jurídicos primarios, como la seguridad, sino que se trata de formas de protección mediatas de aquellos, que por su aspecto de prevención de daños mayores que los asimila a las contravenciones*»⁴.

En esta oportunidad comenzaré efectuando algunas reflexiones generales sobre el delito de incitación pública a la violencia colectiva (art. 212 CP) y sus diferencias con el tipo de instigación pública a cometer un delito determinado (art. 209 CP).

La clase de acción *–incitar–* a la que se refiere el verbo del tipo penal del art. 212 CP supone manifestaciones públicas que debe hacer el sujeto activo del delito, que pueden consistir en expresiones verbales, escritas, gestos o actitudes, las cuales se vinculan directamente con el ejercicio de los derechos a la libre expresión y a la protesta social, garantizados por nuestra Constitución Nacional y diversos tratados internacionales de Derechos Humanos receptados con igual jerarquía.

Por ello, en la parte central de esta contribución analizaré las implicancias de la perspectiva constitucional en el tipo objetivo de la figura de la incitación pública a la violencia colectiva –especialmente en cuanto a la exigencia de la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado– en los supuestos que el sujeto activo efectúa manifestaciones públicas en ejercicio legítimo de los derechos fundamentales a la libre expresión, a la protesta social y a la actividad sindical. Para ello me valdré de dos recientes fallos de nuestros tribunales provinciales.

II. El delito de incitación pública a la violencia colectiva (art. 212 CP) y sus diferencias con el tipo de instigación pública a cometer un delito determinado (art. 209 CP)

El art. 212 CP textualmente expresa: «*Será reprimido con prisión de tres a seis años el que públicamente incitare a la violencia colectiva contra grupos de personas o instituciones, por la sola incitación*».

En el prólogo al libro de Oscar Tomás Vera Barros intitulado “Delitos contra el orden público”⁵ señalé que, con excepción de la buena obra de Abel Cornejo, no encontra-

³ VERA BARROS, OSCAR TOMÁS, *Delitos contra el orden público*, Marcos Lerner Editora Córdoba, Córdoba, 2002, p. 159.

⁴ SOLER, SEBASTIÁN, *Tratado de Derecho Penal Argentino*, Tomo IV, Ed. TEA. 1970, según la cita al pie número 52 efectuada por el vocal de la Cámara Sexta en lo Criminal de Córdoba, Dr. Enrique R. Buteler, en su valioso voto en la sentencia dictada en la causa “Daniele” (15/03/2022)

⁵ Marcos Lerner Editora Córdoba, Córdoba, 2002, p. 14.

mos en la bibliografía nacional de los años recientes libros especialmente dedicados al estudio de los distintos tipos delictivos del Título VIII del Código Penal argentino y que Vera Barros había realizado una adecuada interpretación de los textos legales que en nuestro sistema jurídico penal vigente regulan aquellos delitos, «*manteniéndose dentro de los parámetros valorativos que marcan los principios de la Constitución Nacional*». Por tal motivo en esta contribución —con algún leve matiz diferencial— seguiré sus enseñanzas sobre la caracterización de la figura del art. 212 CP y sus diferencias con el tipo del art. 209 del mismo cuerpo legal.

Al referirse a las generalidades de este tipo penal, VERA BARROS⁶ enseña con precisión que la incitación a la violencia colectiva tiene una cierta similitud con la instigación a cometer delitos del art. 209 CP, «*en cuanto a que la conducta reprimida debe ser manifestada **públicamente**, y en los sujetos pasivos que son personas (en este caso como “grupos”) e instituciones. También hay correspondencia en que la sola instigación es punible, es decir que no es necesario el éxito de los propósitos del autor*». A continuación agrega: «*En lo subjetivo, el hecho es cometido por dolo directo, sin que se pueda satisfacer las exigencias de la figura con un comportamiento imprudente por lo insensato o atrevido; con mayor razón de acuerdo con el significado del verbo incitar que veremos más abajo. ...Se preserva especialmente a grupos de personas y a las instituciones en cuanto pueden ser pasibles de ataques violentos de parte de grupos exaltados por la incitación...El que incita públicamente a la violencia colectiva es vehemente, induce la compulsión suficiente y necesaria a ello. Con sólo ese comportamiento, “**por la sola incitación**” queda consumado este delito⁷».*

La exigencia de **publicidad** de la conducta descrita en el tipo —que puede ser efectuada por cualquier medio— responde a que su notoriedad la hace factible de ser conocida por la generalidad de las personas⁸. Al respecto, CREUS y BUOMPADRE afirman que la incitación para ser típica «*tiene que realizarse de un modo que posibilite su captación por un número indeterminado de individuos*»⁹. Respecto de este requisito que es común a las figuras de los arts. 209 y 212 CP, ALEJANDRO CANTARO¹⁰ entiende que «*...la publicidad está vinculada con el contexto en que se vierte la instigación y la posibilidad de que llegue a un número incierto de personas el discurso del instigador, aun cuando éstas sean un grupo determinado...*».

El núcleo del comportamiento punible según el art. 212 CP está descrito por el verbo **incitar**. Por ello resulta conveniente diferenciarlo del verbo *instigar* empleado por el art. 209 del código de fondo. Sobre este particular RICARDO C. NUÑEZ¹¹ enseña: «*la insti-*

⁶ p. 158 y 159.

⁷ VERA BARROS, O.T., obra y lugar cit., p. 162.

⁸ VERA BARROS, O.T., ob. y lug. cit., p. 162.

⁹ CREUS, CARLOS - BUOMPADRE, JORGE EDUARDO, *Derecho penal, parte especial*, T. 2, Astrea, Buenos Aires, 2009, p. 139. En similar sentido se ha entendido que el carácter público de la conducta delictiva en cuestión está dado por la «*...posibilidad de que la instigación sea oída o recibida por alguien no convocado personalmente...*» (CANTARO, ALEJANDRO, *Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial* -David Baigún y Eugenio Raúl Zaffaroni (dir.)- Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2010, t. 9, p. 307).

¹⁰ CANTARO, A., ob. cit., t. 9, p. 307.

¹¹ NUÑEZ, RICARDO C., *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, t. IV, segunda edición actualizada por Víctor F. Reinaldi, Marcos Lerner Editora Córdoba, Córdoba, 1999, p. 364. CARRANZA TAGLE, HORACIO A., en *Estudio de las figuras delictivas*, Tomo II-B, Advocatus, Córdoba, 1995, pp. 252–253, exige que las manifestaciones del sujeto activo posean la aptitud —aunque abstracta— para provocar o estimular *seriamente* a

gación es una excitación o estímulo a cometer un delito realizado de modo directo, mientras que la incitación puede consistir en una excitación directa o en estímulos indirectos, por rodeos, astutamente realizados, a la comisión de actos de violencia que pueden no estar tipificados como delictivos».

Por su parte, VERA BARROS¹² precisa aún más esa distinción: semántica y gramaticalmente “*instigar*” es persuadir al tercero; en cambio, “*incitar*” consiste en «*tentar, fustigar, con el objeto de que el incitado cometa el delito*». Esta última palabra, que he resalta- do en letras negritas, si la referimos al art. 212 CP, debería aludir a cometer **actos de violencia colectiva**, sin desmerecer la valiosa opinión de VERA BARROS, quien más abajo explica correctamente: «*La incitación, en cambio, que es prácticamente compulsiva, se aprovecha de un estado previo especialmente receptivo del incitado: éste no reflexiona, sino que se siente impulsado. Un grupo medianamente numeroso que manifiesta en las calles su descontento por alguna razón (“cacerolazos”, “marchas”, “piquetes”, etc.) es más susceptible de ser incitado a la violencia colectiva que cualquier otro grupo, por su estado anímico previo: no habrá reflexión, sino impulsión*»¹³.

Desde la perspectiva de la vinculación entre la estructura del tipo con la modalidad de afectación del bien jurídico, el delito de incitación pública a la violencia colectiva es un **tipo de simple actividad** porque describe una conducta activa –*incitar*– que no exige además que tal acción se concrete en la realización por parte de terceros de los actos violentos que se provocan. Siguiendo la calificada opinión de JORGE DE LA RÚA y AÍDA TARDITTI¹⁴, afirmo «*que en el ámbito de un derecho penal liberal respetuoso del principio de legalidad, el tipo siempre captura un comportamiento que afecta un bien jurídico, aunque ese compromiso no consista en una lesión o peligro comprendido como un efecto externo de esas características, como sucede en los tipos de resultado o materiales. A diferencia de ellos, en los tipos de simple conducta, este efecto externo no se requiere porque el comportamiento afecta de modo inmaterial al bien jurídico (peligro abstracto)*». Las letras negritas no corresponden al texto citado y buscan resaltar que este delito también es un **tipo de peligro abstracto** porque describe una conducta generalmente riesgosa, y debido a esa abstracción, no es requerido en el tipo objetivo el peligro concreto o la lesión para los bienes jurídicos¹⁵.

No es un tipo especial sino **general**, razón por la cual puede ser *sujeto activo cualquier persona* que incite públicamente; sujetos pasivos deben serlo los grupos de personas

que personas realicen acciones violentas contra grupos de personas o instituciones, pues la figura no comprende aquellas provocaciones hechas «*de modo accidental o en sentido jocoso*».

¹² *Delitos contra el orden público*, p. 161.

¹³ Ob. y lugar cit. Esta opinión –que comparto– difiere de la expresada por ALEJANDRO TAZZA, quien al explicar las diferencias entre los comportamientos de *instigar* e *incitar* exigidas por los arts. 209 y 212 CP, respectivamente, ha dicho: «*si bien ambos se configuran desde un aspecto psicológico, o mejor dicho, influyen en la psiquis del receptor de ambas conductas, la incitación constituye un hecho de menor intensidad psicológica que en el supuesto de la instigación...la incitación no requiere tanto como la instigación, por lo que esta última comprenderá una actividad que tenga mayor entidad psíquica que la mera incitación. Habrá incitación cuando incluso por métodos sutiles o indirectos, o a través de sugerencia o subterfugios de expresión, o estímulos colaterales pueda llegar a generarse ese movimiento que impulsa a otros a comportarse como el sujeto activo pretende, aun cuando pueda sostenerse que no se trata de una verdadera instigación con la fuerza convictiva que ésta requiere...*» (TAZZA, ALEJANDRO, *Código Penal de la Nación Argentina Comentado. Parte Especial*, t. II, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2018, p. 575). Sin embargo, a mi juicio esta posición no explica satisfactoriamente la razón por la cual la escala penal conminada por el art. 212 CP es más alta que la amenazada por el art. 209 del mismo cuerpo legal.

¹⁴ DE LA RÚA, JORGE-TARDITTI, AÍDA, *Derecho penal. Parte general*, 1, Hammurabi, Buenos Aires, 2014, pp. 272 y 273.

¹⁵ DE LA RÚA-TARDITTI, ob. cit., p. 273.

o instituciones sobre los que puede recaer la violencia colectiva que constituye el objetivo del autor.

Al explicar en el § 75 en qué consiste dicho objetivo, VERA BARROS¹⁶ afirma que el propósito del agente es la **violencia colectiva**. «*Con esa finalidad se pretende que algún grupo de sujetos aplique fuerza física sobre grupos de personas o instituciones*». Agregando precisiones al respecto, recuerda que JUSTO LAJE ANAYA y ENRIQUE GAVIER¹⁷ dijeron: «*La incitación debe ser a la **violencia colectiva**, o sea que propenda a estimular el empleo de la fuerza física en actos no dirigidos a lesionar otros bienes jurídicos protegidos por la Ley Penal, como la vida, la libertad o la propiedad constitutiva de otros delitos...*». He subrayado intencionalmente la frase “fuerza física” empleada en ambas citas, para llamar la atención sobre la aparente discordancia de tales expresiones con las que el propio VERA BARROS utiliza en el párrafo siguiente.

En efecto, en el § 76 mi apreciado colega sostiene: «*El término “violencia” empleado en el artículo 212 abarca también a la violencia moral*¹⁸. *Esta forma de ataque es posible como modalidad intimidante. No es requisito de que tenga la naturaleza de **vis compulsiva** total, como recurso para doblegar voluntades, siendo suficiente que un grupo de sujetos enardecidos profieran insultos o amenazas a otro grupo o contra una institución, para que se configure este delito de intimidación*».

De lo antes expuesto se debe desprender que Vera Barros acepta dentro del concepto “**violencia**” requerido por el tipo penal en estudio ambas modalidades de la misma, es decir, la fuerza física y la violencia moral. Compartimos plenamente esta posición, que se diferencia de la sostenida por aquellos que la refieren únicamente a la primera, es decir, a la fuerza física.

Para la consumación de este delito no es suficiente que el sujeto activo incite públicamente a sujetos individualizados para que ejerzan actos de violencia, ya que se requiere algo distinto: que el propósito del agente apunte a la **violencia colectiva** consistente en que algún grupo relativamente numeroso de personas sea movido a ejecutar actos de violencia.

Pero además, no se trata que tales ataques de violencia colectiva sean dirigidos «*contra una persona determinada o varias indeterminadamente, sino a grupos de ellas, entendiéndose por tales a cualquier conjunto de personas físicas que conforman una colectividad permanente, como también a aquéllos que ocasional y momentáneamente constituyen una reunión. Están incluidos como sujetos pasivo, por ejemplo, las colectividades étnicas, culturales, religiosas, políticas, y cualquier manifestación en la calle o en un lugar al efecto*»¹⁹. En suma: debe tratarse de una relación transitiva que parta de la acción de

¹⁶ *Delitos contra el orden público*, p. 162.

¹⁷ LAJE ANAYA, JUSTO – GAVIER, ENRIQUE, *Notas al código penal argentino*, Marcos Lerner Editora Córdoba, Córdoba, 1996, t. III, p. 22. En concordancia, véase CÁNTARO, ALEJANDRO, ob. y lug. cit., p. 471, para quien la incitación debe serlo a la “violencia”, entendida ésta como «...*impulsar el empleo de la fuerza física, que abarca actos de lesión a bienes jurídicos tutelados por la ley penal...*». Al responder a las cuestiones segunda y tercera, el vocal que condujo el acuerdo en el fallo de la Cámara Sexta en lo Criminal de esta ciudad en la causa “Daniele”, Dr. Enrique Buteler, parece enrolarse en esta posición cuando en la p. 54 expresa: «el juicio de lesividad, que debe hacerse en relación a ese peligro abstracto que debe revestir al figura, se relaciona con la provocación de que “algún grupo de sujetos, aplique fuerza física sobre grupos de personas o instituciones”, por lo cual, debe constatarse que se trate de un acto que “propenda a estimular la fuerza física”».

¹⁸ El subrayado me pertenece y con él he querido destacar la discordancia con las explicaciones brindadas por el autor en el párrafo precedente.

¹⁹ VERA BARROS, O.T., ob. cit., p. 160.

cualquier individuo —el sujeto activo— que incita públicamente a un grupo relativamente numeroso de personas a perpetrar concretos hechos violentos dirigidos contra terceros, esto es un conjunto de personas físicas que conforman una colectividad, el sujeto pasivo del delito.

Los ataques de violencia colectiva contra grupos de personas o instituciones, encuadrables o no en figuras penales, pueden configurar actos discriminatorios determinados por motivos abyectos, tales como raza, religión, nacionalidad, ideología, opinión política o gremial, sexo, posición económica, condición social o caracteres físicos, contemplados en el segundo párrafo del art. 1 de la ley 23.592²⁰.

En tal sentido, resulta interesante advertir la vinculación entre el delito del art. 212 CP y las disposiciones de los arts. 2 y 3 de la mencionada ley sobre actos discriminatorios, las cuales se refieren a los que acertadamente algunos denominan “*delitos de odio*”²¹. No puedo aquí explayarme sobre ellos ni tampoco sobre las relaciones concursales entre los delitos de incitación pública a la violencia colectiva y los regulados por el art. 3 de la ley 23.592, en particular el contemplado en el párrafo final cuando alude a quienes «*por cualquier medio alentaren o incitaren a la persecución o el odio contra una persona o grupos de personas a causa de su raza, religión, nacionalidad o ideas políticas*».

Sería deseable que en una futura reforma integral de nuestra legislación penal se deroguen los arts. 2 y 3 de la ley 23.592, respondiendo a la criteriosa idea del proyecto de nuevo Código Penal redactado sobre la base del anteproyecto de reforma y actualización del mencionado código, elaborado por la comisión presidida por el DR. MARIANO BORINSKY, presentado al Senado de la Nación el 25 de marzo de 2019²², de mantener sin variantes el texto del art. 212 del Código Penal hoy vigente, porque «*si bien el Anteproyecto 2012 agrega agravantes por distinciones discriminatorias se entiende que no es necesario, ya que incitar a la violencia contra un grupo es, en principio discriminatorio por sí mismo y la escala actual, de todos modos, es suficientemente amplia como para valorar alguna forma de discriminación especialmente agresiva*»²³.

La ley 26.485 de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales²⁴, plantea entre sus objetivos promover y garantizar el derecho a la mujer a vivir una vida sin violencia (art. 2, inc. b) y, específicamente, a preservar su integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial (art. 3 inc. c). El art. 4° define qué se debe entender por

²⁰ B.O. 05/09/1988.

²¹ El art. 2 de dicha ley introduce una agravante genérica elevando en un tercio el mínimo y en un medio el máximo la escala penal de todo delito del Código Penal y leyes complementarias, cuando sea cometido «*por persecución u odio a una raza, religión o nacionalidad, o con el objeto de destruir en todo o en parte a un grupo nacional, étnico, racial o religioso*». El art. 3 establece: «*Serán reprimidos con prisión de un mes a tres años los que participaren en una organización o realizaren propaganda basados en ideas o teorías de superioridad de una raza o de un grupo de personas de determinada religión, origen étnico o color, que tengan por objeto la justificación o promoción de la discriminación racial o religiosa en cualquier forma. En igual pena incurrirán quienes por cualquier medio alentaren o incitaren a la persecución o el odio contra una persona o grupos de personas a causa de su raza, religión, nacionalidad o ideas políticas*».

²² Mensaje del Poder Ejecutivo N° MEN-2019-60-APN-PTE.

²³ En cambio, la redacción proyectada del art. 209 es similar a la del texto actualmente vigente, aunque con la acertada supresión de la exigencia de que el delito determinado objeto de la instigación pública recaiga “*contra una persona o institución*”. «**ARTÍCULO 209.-** *Se impondrá prisión de DOS (2) a SEIS (6) años, al que públicamente instigare a cometer un delito determinado, por la sola instigación, según la gravedad del delito y las demás circunstancias establecidas en el artículo 40*». La exposición de motivos explica dicha eliminación: «**Artículo 209.-** *Se suprime la referencia “contra una persona o institución”, ya que como marcaba Soler (art 268 Proyecto 1960), alcanza con que sea un “delito determinado”* ».

²⁴ B.O. 14/04/09.

violencia contra la mujer y el art. 5° establece los distintos tipos de esa violencia: física, psicológica, sexual, económica y patrimonial y simbólica. El art. 41 dispone que en ningún caso las conductas, actos u omisiones previstas en dicha ley importarán la creación de nuevos tipos penales, ni la modificación o derogación de los existentes. Por ello, cuando se producen actos de incitación a la violencia de género contra grupos de personas o instituciones no cabe formular consideraciones similares a las realizadas respecto de la ley 23.592.

III. El tipo objetivo de la incitación pública a la violencia colectiva, el riesgo permitido y el ejercicio de los derechos a la libre expresión y a la protesta social garantizados constitucional y convencionalmente

En este apartado reflexionaré sobre la repercusión que tienen —para determinar el alcance del tipo objetivo del delito que estamos tratando— los estándares que plantea el marco constitucional y convencional en el que se inserta la figura en cuestión. Ello ocurre en aquellas situaciones en las cuales el juicio de licitud recae sobre manifestaciones verbales formuladas en un discurso realizado en el marco del ejercicio legítimo de los derechos fundamentales a la libertad de expresión, a la protesta social y a la actividad gremial.

1. Para ello centraré mi análisis en las premisas valorativas de la **teoría de la imputación objetiva**, formulada para explicar el tipo de injusto, una de las categorías más relevantes del sistema de la teoría del delito. A partir de 1970 el prestigioso maestro alemán CLAUS ROXIN —bajo el rótulo de *imputación al tipo objetivo*— pretende establecer ciertos criterios valorativos que permitan, en el ámbito del Derecho Penal, esclarecer cuándo una actuación humana se puede calificar como acción típica desde el punto de vista objetivo

Para dicha concepción existen dos categorías sucesivas e independientes en el tipo penal objetivo de los delitos de resultado: la causalidad y la imputación. La primera es condición necesaria pero no suficiente para la tipicidad, ya que podría haber causalidad sin imputación, pero no imputación sin causalidad.

La teoría de la imputación objetiva parte de un presupuesto realista: en la vida social moderna se toleran —e incluso se alientan— ciertas conductas peligrosas siempre que se desarrollen de acuerdo a normas y parámetros establecidos. Cuando estos riesgos exceden los límites tolerados, se lesionan bienes protegidos y es aquí cuando el Derecho Penal debe intervenir.

Siguiendo a ROXIN²⁵ afirmo que la concepción de la imputación al tipo objetivo debe aplicarse **en los tipos de resultado** siguiendo **dos principios estructurados de manera sucesiva**: a) solamente puede imputarse al tipo objetivo un resultado causado por el autor cuando su conducta hubiera creado para el objeto de la acción un peligro que no estuviera cubierto por un riesgo permitido y este peligro se hubiera realizado también en el resultado concreto; y b) si el resultado se manifestara como la realización de un peligro creado por el autor será por regla general imputable, de manera que se habrá cumplido con el tipo objetivo.

En los **tipos de simple actividad** —los cuales sólo requieren que el autor realice la conducta prohibida, sin exigir un resultado separable de aquélla— solo se requiere que la acción del sujeto activo posea en sí misma las características que la convierten en típicamente relevante, para lo cual es necesario que haya creado respecto del bien jurídico prote-

²⁵ ROXIN, CLAUS., *La imputación objetiva en el Derecho Penal*, 2ª edición, Grijley, Lima, 2014, pp. 79 y 80.

gido un riesgo jurídicamente desaprobado, porque en esta categoría únicamente se tiene en cuenta el desvalor de acción.

2. Hace algunos años²⁶ he expresado las razones de mi adhesión a la **teoría de los elementos negativos del tipo** para la construcción del tipo de injusto. Según ella la tipicidad implica siempre la antijuridicidad y, viceversa, la presencia de causas de justificación excluye la tipicidad. De allí se deriva que el tipo objetivo consta de dos partes: parte positiva y parte negativa. La primera consiste en el conjunto de elementos que fundamentan positivamente el injusto; la parte negativa añade la exigencia de que no concurren causas de justificación.

3. Si la conducta debe ser imputable al tipo objetivo mediante la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado para el bien jurídico, la concurrencia de una causa de justificación —que restringe la prohibición para salvaguardar un bien jurídico preponderante— produce *ab initio* la exclusión del tipo de injusto penal.

Esta interpretación es consecuente con el principio constitucional de exclusiva protección de bienes jurídicos porque permite una mejor conciliación al tipo objetivo con la concepción del “*tipo total o global de injusto*”. Ello es así por cuanto la estructura bimembre del delito —tipo de injusto y culpabilidad— sustentada en la teoría de los elementos negativos del tipo —que pone el acento en la teoría de la imputación objetiva— preserva mejor el ámbito de libertad individual en comparación con el modelo tripartito —tipo, antijuridicidad y culpabilidad— dado que abarca en la represión penal sólo las acciones creadoras de un riesgo desaprobado para el bien jurídico protegido, cuando dicha afectación no esté legitimada por la necesidad de preservar otro bien jurídico de mayor valor.

4. JESÚS-MARÍA SILVA SÁNCHEZ en su reciente libro “El riesgo permitido en el Derecho penal económico”²⁷ aporta interesantes reflexiones para el tema que analizamos. Entre ellas, afirma que «*existe una diferencia sustancial entre los criterios de permisión de un peligro abstracto y los que se refieren a un peligro concreto, en particular cuando este último afecta a bienes intrínsecamente personales. En efecto, el riesgo permitido se vincula histórica y conceptualmente a las prohibiciones de **puesta en peligro abstracto de bienes jurídicos**, no a los peligros concretos. El término “riesgo” significa, en primer lugar **probabilidad abstracta de lesión**. Por tanto, alude a la propiedad de una clase de conductas a la que se asocia estadísticamente la producción de resultados lesivos*»²⁸.

SILVA SÁNCHEZ asevera que tan pronto surgió en la discusión la figura del riesgo permitido, la doctrina planteó la cuestión de su ubicación sistemática en la teoría del delito²⁹. Luego de explicar las distintas posiciones al respecto, sostiene que la opción más razonable es su ubicación en la doctrina del comportamiento desaprobado. «*Así, en algunos casos la conducta ni siquiera alcanza a ser típica. Ahora bien, en el caso de que no sea posible apreciar la concurrencia de un riesgo permitido en el ámbito de la tipicidad, el caso todavía podrá examinarse a la luz de la doctrina de las causas de justificación. La lógica de estas y la del riesgo permitido es, ..., la misma: una lógica valorativa. La diferencia entre unas y otra tiene que ver con el distinto grado de concreción o especificación de la conducta. El término “riesgo” significa, en primer lugar, probabilidad abstracta de*

²⁶ LASCANO, CARLOS J. (H), “Las pautas político-criminales de la Constitución Argentina para la construcción del tipo de injusto”, en LASCANO, C.J., GONELLA, C., TAPIA, J.E., *Temas actuales del Derecho Penal. Parte General*, Editorial Mediterránea, Córdoba, 2010, p. 84 y ss.

²⁷ SILVA SÁNCHEZ, JESÚS-MARÍA, *El riesgo permitido en el Derecho penal económico*, Atelier Libros Jurídicos, Barcelona, 2022.

²⁸ SILVA SÁNCHEZ, J.M., ob. cit., pp. 32 y 33.

²⁹ Ob. cit., p. 45.

lesión»³⁰. Aclaro que en ambas citas las letras negritas me pertenecen y con ellas quiero destacar que tales descripciones del Catedrático de la Universidad Pompeu Fabra se ajustan perfectamente a la medida de un tipo de peligro abstracto como el del art. 212 CP.

Más adelante SILVA SÁNCHEZ³¹ destaca que el riesgo permitido y las causas de justificación son expresiones de la misma noción —la permisón general de la conducta— en niveles sucesivos de concreción o especificación de la licitud de ésta.

5. He sostenido³² y lo sigo haciendo, que en la arquitectura político-constitucional de la Constitución argentina no existen normas *permisivas* —los denominados “permisos fuertes” diferenciables de los comportamientos jurídicamente irrelevantes llamados “permisos débiles”— que puedan configurar excepciones a la regla, representada por las normas prohibitivas o imperativas. El ámbito de libertad que garantiza ampliamente el art. 19 CN, comprende no sólo las ideas y pensamientos no traducidos en acciones humanas externas, sino también aquellas conductas que los ciudadanos pueden facultativamente realizar o no realizar, sin consecuencias jurídicas, porque no han sido objeto de un *mandato* o de una *prohibición*. Éstas son las dos únicas normas previstas en el segundo párrafo del art. 19 CN, cuya infracción puede dar lugar a la antijuridicidad, razón por la cual considero incoherente e ilógica la pretensión de aplicar la distinción de WELZEL entre lo “no prohibido” y lo “prohibido permitido”.

Sin embargo, quienes —siguiendo la clasificación de VON WRIGHT— sostienen la existencia de “permisos fuertes” se refieren con dicha expresión a las causas de justificación, que excluyen la antijuridicidad, ubicada en el segundo nivel de las categorías del sistema de filtros en que consiste la teoría del delito.

Entre las causas de justificación, el art. 34, inc. 4, segundo supuesto CP regula la situación de quien obrare en el legítimo ejercicio de su derecho. Dicha eximente, junto a las otras mencionadas en el mismo inciso, representan «*la formulación de un principio general justificante que acude a la necesidad de que en la categoría de la justificación o antijuridicidad se ofrezca un sistema normativo coherente y sin contradicciones aparentes*»³³.

Precisamente, en la cuestión objeto de esta ponencia, para determinar el fundamento normativo del ejercicio legítimo de los derechos a la libre expresión, a la protesta social y a la actividad sindical, debemos acudir a las garantías consagradas por los arts. 14, 14 bis, segundo párrafo, y 33 CN, como así también de los arts. 19 y 20 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; 4, 21 y 24 de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre; 13 y 15 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; y 19 y 21 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Todos ellos, con jerarquía constitucional por imperio del art. 75 inc. 22 CN.

Sin embargo, el derecho a la libertad de expresión no es absoluto, pues la mencionada Convención Americana —al igual que numerosos pactos internacionales y regionales— dispone en el art. 13.5.: «*Estará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a*

³⁰ SILVA SÁNCHEZ, J.M., ob. cit., p. 53.

³¹ Ob. cit., p. 108.

³² LASCANO, C.J., “Las pautas político-criminales de la Constitución Argentina para la construcción del tipo de injusto”, p. 95.

³³ RUSCONI, MAXIMILIANO – KIERSZENBAUM, MARIANO, *Elementos de la parte general del derecho penal*, Hammurabi, Buenos Aires, 2016, p. 98. Aclaro que los autores sostienen que la tipicidad y la antijuridicidad constituyen el segundo y el tercer filtros del sistema de la teoría del delito.

la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional»

6. Adelanto mi conclusión que cuando alguien realiza manifestaciones públicas de cualquier índole cuyo sentido tenga el significado de una incitación a la violencia grupal contra un grupo de personas o instituciones, nos encontraremos ante una conducta atípica respecto de la figura del art. 212 CP (ausencia de tipo objetivo), cuando el sujeto activo obre en el marco del legítimo ejercicio de los derechos fundamentales a la libre expresión, a la protesta social o a la actividad gremial, garantizados por la Constitución nacional y los pactos internacionales sobre derechos humanos que integran el bloque de constitucionalidad federal, razón por la cual ostentan una jerarquía superior a la protección de la tranquilidad pública, bien jurídico protegido por el delito del art. 212 CP. Ello sería más apropiado que sostener que la conducta típica de incitar públicamente a la violencia colectiva no es antijurídica porque concurre la causa de justificación contemplada por el art. 34, inc. 4º, segundo supuesto CP, al haber actuado en el legítimo ejercicio de su derecho. MARCO ANTONIO TERRAGNI³⁴ entiende que en los supuestos en los cuales la finalidad perseguida por el autor sea la arenga política, no es para nada aceptable la subsunción en dicho tipo penal.

IV. El examen constitucional y convencional del delito del art. 212 CP en dos recientes fallos de tribunales de la Provincia de Córdoba

Durante el pasado año 2022 dos tribunales de nuestra Provincia decidieron casos en los que se discutió el encuadramiento típico de las respectivas conductas enrostradas en el delito del art. 212 CP, con resultados disímiles, en el primer caso un pronunciamiento condenatorio y en el segundo una sentencia absolutoria. No obstante ello –y en lo que aquí nos interesa– ambos fallos tuvieron como común denominador haber realizado un serio y profundo análisis de la cuestión constitucional y convencional involucrada en dichos casos. A continuación haré una reseña de sus principales aspectos.

1. El caso “Cerquetti”

Denominaré así a los hechos juzgados por la Cámara en lo Criminal y Correccional de Séptima Nominación de esta ciudad, integrada por los Dres. Patricia Soria, José Daniel Cesano y Fernando Martín Bertone, la cual por sentencia n° 11 del 8/3/2022³⁵, que no se encuentra firme, declaró por unanimidad a José Alejandro Cerquetti, autor penalmente responsable del delito de incitación a la violencia colectiva (arts. 45 y 212 del C.Penal) y por mayoría (Dres. Soria y Cesano) le impuso la pena de tres años de prisión efectiva, más las costas.

Los hechos por los que Cerquetti fue condenado son los mismos que le atribuyó el requerimiento fiscal de elevación a juicio del 8/8/2019, que se transcribe textualmente: *«En el período comprendido entre el veintinueve de agosto de dos mil dieciocho y el dieciocho de mayo de dos mil diecinueve, el imputado José Alejandro Cerquetti, en circunstancias en que se encontraba en algún lugar de la ciudad de Córdoba, habría incitado a un grupo de personas -sus amigos y seguidores en las redes sociales Facebook, Twitter e Instagram y, en definitiva, a todo aquel que accediere a las publicaciones del nombrado en ellas- a realizar actos de violencia en contra de un colectivo de personas que, por la función pública que desempeñan, promueven el respeto de la mujer y la igualdad de derechos entre ésta y el hombre, y que tienen a su cargo la prevención, sanción y erradicación de la violencia contra la mujer. Con tal finalidad, el encartado Cerquetti habría publicado en el muro de*

³⁴ TERRAGNI, MAR P.CO ANTONIO, *Tratado de Derecho Penal*, tomo III, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2012, p. 231.

³⁵ Protocolo de Sentencias – Secretaría n° 13 - N° Resolución: 11 - Año: 2022 - Tomo: 1 - Folio: 237-285.

la red social Facebook - de acceso público - utilizando el perfil <http://www.facebook.com/alejandro.cerquetti.3> -usuario "Ale Cerquetti" y "Alex Cerquetti"-, en las fechas y horarios que a continuación se indican, lo siguiente: - Veintinueve de agosto de dos mil dieciocho, en horario ignorado: "EL DIA QUE LOS HOMBRES SE CANSEN Y SEA UNA MUJER MUERTA POR CADA DENUNCIA FALSA...NOS PONDREMOS A PENSAR QUE ES LO QUE HEMOS ECHO MAL. PRISIÓN A LAS DENUNCIAS FALSAS DE GÉNERO".

- Veintiocho de noviembre de dos mil dieciocho, a las 15:45 horas: "Rebelión popular contra la sociedad patriarcal. Varones heterosexuales. Vamos a proponer en la próxima reunión directiva convocada en nuestra sede para el día 24 de diciembre de 2018. A las 23 hs. Someter a votación un paro nacional de hombres heterosexuales desde el día 26 de diciembre del 2018 hasta el 31 de enero de 2019, donde evaluaremos ese 31 de enero si seguimos o no con las medidas de fuerza. Que arda el patriarcado (...)"

- Siete de marzo de dos mil diecinueve, en horario desconocido: "En este 8M Desobediencia civil y Desafiar la ley de violencia de género".

- Siete de marzo de dos mil diecinueve, en horario ignorado: "Movimiento civil de resistencia contra el feminismo enajenador y opresor". Veintiuno de marzo de dos mil diecinueve, en horario desconocido: "Hombres comiencen a RUGIR para acallar a las HIENAS Feministas".

- Veinticinco de marzo de dos mil diecinueve, en horario desconocido: "La genocida Magister. Licenciada. o locutora Claudia Abortera Martínez. Demostrando su desprecio por la vida. El hembrismo en su máximo esplendor. Los Leones comenzamos a RUGIR burócrata".

- Treinta y uno de marzo de dos mil diecinueve, en horario ignorado: "(...) Pienso no será hora de elaborar una ley de Femicidio Legal Seguro y Gratuito".

- Dos de mayo de dos mil diecinueve, en horario desconocido: "Aquí están los asesinos de niños y genocidas de los indefensos. Estos son los narcohembristas que nos gobiernan. Viva la libertad. Rebelión contra la tiranía".

- Dieciocho de mayo de dos mil diecinueve, a las 09:44 horas: "La batalla épica contra el Hembrismo Cordobés empezó. En defensa de los niños por nacer y de la malversación de fondos públicos llevado a cabo por Farfán. Claudia Martínez y Gómez Demmel".

Asimismo, con idéntica finalidad, el imputado Cerquetti habría publicado en la red social Twitter —de acceso público— utilizando el perfil <http://twitter.com/LEONIDASALEXA15> —usuario "Leonidas Alexandre Cerquetti"—, en las fechas que a continuación se indican, lo siguiente:

- Siete de marzo de dos mil diecinueve, en horario desconocido: "Movimiento civil de resistencia contra el feminismo enajenador y opresor".

- Siete de marzo de dos mil diecinueve, en horario ignorado: "En este 8M Desobediencia civil y Desafiar la ley de violencia de género".

- Dieciocho de marzo de dos mil diecinueve, en horario desconocido: "(...) Resistencia contra el Feminismo Opresor".

- Veintiuno de marzo de dos mil diecinueve, en horario ignorado: "Hombres comiencen a RUGIR para acallar a las HIENAS Feministas".

- Dos de mayo de dos mil diecinueve, en horario desconocido: "Los narcohembristas. Asesinos de niños. Rebelión popular".

- Dieciocho de mayo de dos mil diecinueve, en horario ignorado: “La batalla épica contra el hembrismo cordobés. Empezó. Viva la libertad”.

- Dieciocho de mayo de dos mil diecinueve, en horario desconocido: “Movimiento popular de resistencia contra el hembrismo castrador, opresor y liberticida”.

Finalmente, con el mismo fin, el incoado Cerquetti habría publicado en la red social Instagram —de acceso público— utilizando el perfil <http://www.instagram.com/alecerquetti2020> —usuario “Ale Cerquetti 2020”—, en fechas y horarios que se ignoran, pero presumiblemente el siete de marzo de dos mil diecinueve, lo siguiente: “Movimiento civil de resistencia contra el feminismo enajenador y opresor” y “En este 8M Desobediencia civil y Desafiar la ley de violencia de género».

El voto de la Dra. Patricia Soria lideró el acuerdo unánime respecto de las dos primeras cuestiones planteadas. Al analizar la segunda cuestión sostuvo que los elementos objetivos y subjetivos que requiere el tipo penal del delito de incitación pública a la violencia colectiva (art. 212 CP) se encuentran plenamente satisfechos en el caso concreto.

Omitiré los sólidos argumentos expuestos por la mencionada magistrada en la fundamentación de la subsunción típica, limitándome a señalar —por su relevancia— que también sostuvo que en ese caso, «las publicaciones resultan obscenamente idóneas para incitar a la violencia y además han generado comentarios en las redes que nos muestra la capacidad real (aunque el tipo no lo requiera) de llegar a un público amplio que se expresó respondiendo a la publicación con manifestaciones tales como por ejemplo: “brillante y te apoyo”; “hay que empezar a pelear fuera del sistema”; “a estas conchudas hay que reventarlas!!!!”; “por ellas unos sicarios y afuera”. Cerquetti direccionó su ataque a un grupo de personas que integran instituciones cuyo imperativo legal y ético es la implementación y cumplimiento de instrumentos jurídicos internacionales y nacionales de derechos humanos que protegen a la mujer y que han sido plasmados en el siguiente bloque normativo: Convención sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer” (CEDAW) que según el comité incluye “...la violencia contra la mujer porque es mujer o que la afecta en forma desproporcionada”; la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer más conocida como “Convención de Belem do Pará” donde el nexo discriminación/violencia aparece claramente. Éstas adquieren jerarquía constitucional, a través de lo normado por el art. 75 inc. 22 de la C. Argentina. A nivel nacional, estas directrices internacionales se han materializado en la ley 26.485, Ley de Protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que se desarrollen sus relaciones interpersonales, que plantea como objetivo promover y garantizar, el derecho a la mujer a vivir una vida sin violencia (art. 2) y específicamente a preservar su integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial (art. 3 inc. c). Esta ley ha individualizado los distintos tipos de violencia: física, psicológica, sexual, económica y patrimonial y simbólica. A nivel provincial, se encuentra la Ley de Violencia Familiar (Nro. 9283)».

Me enfocaré en el análisis efectuado por la señora vocal del primer voto respecto de la cuestión constitucional y convencional que se vincula con el caso resuelto, en los siguientes términos:

«Estas publicaciones, repetidas y sostenidas en el tiempo, son realmente graves y encierran un nivel de violencia que supera ampliamente el derecho a la libertad de expresión, protegido constitucionalmente». En su tesis doctoral publicada en el libro “Libertad de Expresión, Límites Jurídicos Institucionales” (Advocatus, 2002) en el punto IV.3.11. bajo el título “Protección penal del orden público” el Dr. Alejandro Sánchez Freytes dice en forma elocuente: “...toda conducta que denote la exteriorización de una doctrina política está fuera de toda represión, porque ella no representa -en principio voluntad de pro-

vocar daño o desorden, como ocurre con la “incitación” o la “apología”; ello así, porque siguiendo enseñanzas de Soler, “detrás de la incitación a la violencia está la posibilidad de toda clase de delitos que se quiere evitar y detrás de la apología del crimen se percibe una voluntad indirecta de aconsejar el crimen”».

A renglón seguido agrega: «Existe jurisprudencia Nacional de la Cámara Federal de Apelaciones en lo Criminal y Correccional que, aunque refiere a la doctrina de “peligro claro y actual”, también señala que este principio —diseñado para resguardar la libertad de expresión— se exceptúa cuando las manifestaciones fueran “dirigidas a incitar o producir una inminente acción violenta y fuera suficiente para probablemente incitar o producir tal acción”; y también internacional: “*el derecho a la libertad de expresión no es un derecho absoluto, este puede ser objeto de restricciones, tal como lo señala el artículo 13 de la Convención en sus incisos 4 y 5. Asimismo, la Convención Americana, en su artículo 13.2, prevé la posibilidad de establecer restricciones a la libertad de expresión, que se manifiestan a través de la aplicación de responsabilidades ulteriores por el ejercicio abusivo de este derecho, los cuales no deben de modo alguno limitar, más allá de lo estrictamente necesario, el alcance pleno de la libertad de expresión y convertirse en un mecanismo directo o indirecto de censura previa*” (Corte I.D.H., Caso Herrera Ulloa. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107, párr. 120). Fue en esta inteligencia que el legislador decidió reprimir la conducta bajo análisis, entendiendo que el Estado no puede reconocer un derecho absoluto a la libertad de expresión, en tanto su ejercicio abusivo puede poner en riesgo otros bienes jurídicos también protegidos por nuestra Carta Magna, como son los derechos a la libertad, la igualdad, la salud y la integridad física y sexual».

Finaliza expresando la Dra. Patricia Soria: «*Incitar a la sanción de una ley de femicidio, agregando, legal, seguro y gratuito atenta contra los derechos humanos más elementales de la mujer, su derecho a la vida, y a una vida libre de violencia. Termino este voto consternada y angustiada por lo que acabo de escribir y releer. Cuesta comprender que a esta altura del siglo XXI se siga derramando sangre de personas que por el hecho de ser mujeres sean violentadas mediante todas las formas de violencia, y que existan personas, como el acusado, que incite a que la violencia se siga perpetuando. La realidad nos muestra que aún falta mucho por hacer y nos interpela a seguir trabajando incansablemente para cambiar la cultura, generando empatía, humanismo y garantizando los derechos humanos fundamentales de todas las personas, para así contribuir a la construcción conjunta de la paz social*».

2. El caso “Daniele”

Mencionaré de esta manera al hecho juzgado por la Cámara en lo Criminal y Correccional de Sexta Nominación de esta ciudad, integrada por los Dres. Enrique Buteler, Pablo Brandán Molina y Esteban Díaz Reyna, la cual por sentencia n° 11 del 15/3/2022³⁶, que se encuentra firme, resolvió absolver a Osvaldo Rubén Daniele del delito de incitación a la violencia colectiva (arts. 45 y 212 del CP) por resultar atípica la conducta atribuida, sin costas.

El hecho del cual Daniele resultó absuelto fue descrito por el requerimiento fiscal de elevación a juicio, en los siguientes términos: «*El día treinta de mayo de dos mil diecisiete, entre las once treinta y las trece y treinta horas se llevó a cabo una asamblea del Sindicato Unión Obreros y Empleados Municipales (SUOEM) en la explanada de la Mu-*

³⁶ Protocolo de Sentencias – Secretaría n° 11 - N° Resolución: 11 - Año: 2022 - Tomo: 1 Folio: 228-270.

nicipalidad de esta Ciudad de Córdoba (Palacio 6 de Julio) sita en calle Marcelo T de Alvear n° 194, esquina Caseros de barrio Centro de esta ciudad. En esas circunstancias, el Secretario General de dicho sindicato, Osvaldo Rubén Daniele, hizo uso de la palabra frente a los empleados municipales que se encontraban presentes (aproximadamente cuatrocientos) y los enviados de los medios de comunicación audiovisuales que concurrieron a registrar lo ocurrido. En ese contexto, Daniele, quién contaba con un micrófono para ser oído, manifestó a “viva voz” que “este intento por pisotear nuestra dignidad, este ataque a nuestra seguridad y la de nuestra familia, le prometo señor intendente que lo va a pagar muy caro”, “lo están haciendo a propósito y vamos a hacer tronar el escarmiento carajo”, “en estos días señor intendente lo he visto suelto de cuerpo diría que casi con una sonrisa burlona, le prometo y lo juro acá que en unos meses se va a borrar la sonrisa y se va a cagar como se cagó otras veces, pidiendo que vayamos a solucionar los problemas de la ciudad”, “en dos o tres meses esta ciudad va a ser un quilombo”, expresiones éstas que resultaron difundidas de inmediato por diferentes medios de comunicación local».

El acuerdo unánime del tribunal sobre todas las cuestiones planteadas fue alcanzado mediante la adhesión al primer voto del Dr. Enrique Buteler, quien —al responder las cuestiones segunda y tercera, luego de haber dado por acreditado la existencia del hecho y la autoría del acusado— expresó que no obstante el brillante alegato del Sr. Fiscal de Cámara, Dr. Gustavo Arocena, entendía que la conducta juzgada no constituía objetivamente un ilícito penal y por ende, que no correspondía la condena del acusado.

En el punto II.2.1. de su prolijo y meduloso voto, el Dr. Enrique Buteler afirma que las consideraciones que ha formulado en el apartado precedente sobre la falta de tipicidad de la conducta examinada en el plano dogmático —cuyo comentario debo omitir en esta exposición— deben integrarse en el contexto constitucional y convencional que enmarca el caso, en el cual la realización del discurso de Daniele previamente analizado se vincula directamente con el ejercicio de los derechos a la libre expresión y a la protesta que garantiza nuestra Carta Magna y diversos tratados internacionales de Derechos Humanos receptados con igual jerarquía. Todo ello, sostiene el magistrado, respalda en forma categórica las conclusiones que allí se han extraído.

En el punto II.2.2. de su voto el Dr. Enrique Buteler —cuyas citas bibliográficas y jurisprudenciales revisten sumo interés— señala en primer término que «*en este caso esas normas constitucionales y convencionales intervienen en el propio juicio de tipicidad penal y no en el examen posterior de antijuridicidad de la conducta —como causa de justificación—. Más allá que esto último supondría —ya— su relevancia penal. Algo que, hemos visto, no ocurre en este caso. Se trata de una cuestión puramente doctrinaria, pues, en uno y otro supuesto, el resultado práctico sería exactamente el mismo. Esto es, la falta de ilicitud penal de la conducta analizada*».

A continuación agrega: «*En relación con ello, al aludir a la causa de justificación por el ejercicio de un derecho del art. 34 inc. 4° 2do. supuesto del CP, se ha dicho que en las hipótesis vinculadas al ejercicio del derecho a huelga y, de manera más específica, a las modalidades de protesta activa que éste puede involucrar, existen importantes restricciones jurídicas para concluir sobre la ilicitud de las conductas. Ello, por cuanto, frente a determinadas figuras delictivas, no es sencillo deslindar entre las acciones típicas que se pueden admitir jurídicamente y las que no, para no caer en una indebida intromisión estatal que se traduzca en la llamada **criminalización de la protesta gremial***»³⁷.

³⁷ En la nota (29) cita a DE LA RÚA, JORGE-TARDITTI, Aída, *Derecho penal. Parte general*, edit. Hammurabi, Buenos Aires, 2015, t. 2, pp. 93–94.

Criteriosamente Enrique Buteler añade: «Se entiende que dicha afirmación, sin dudas, correcta, debe trasladarse al propio juicio de tipicidad. Ello, debido a las características del delito en cuestión, la jerarquía de los derechos constitucionales y convencionales involucrados; incluso, con una naturaleza preferente —...—. Se trata de una manifestación más de las dificultades que plantea en el ámbito doctrinario, la escisión de las categorías de tipicidad y antijuridicidad.

En ese sentido, se ha dicho que la subsunción típica “no puede reducirse a un análisis despojado de su conformación con el plexo constitucional”, cuando la conducta prohibida “adolece de contornos precisos y se corre el riesgo de que se pretendan incluir en la descripción típica a conductas que verdaderamente constituyen el ejercicio de derechos reconocidos constitucionalmente”³⁸.

Luego explica: «A ello apunta, también, el método de interpretación adoptado por el máximo tribunal provincial. Al respecto, el alto cuerpo ha señalado que dicho método se deriva directamente de la Constitución, como norma que confiere fundamento y unidad al ordenamiento jurídico y posibilita que, de entre varios entendimientos posibles de una regla de derecho, el intérprete opte por aquél que mejor se acomoda a los dictados de la Constitución” para orientar la norma infra constitucional».

«En efecto, la clase de acción a la que se refiere la figura del art. 212 CP supone manifestaciones públicas que debe hacer el sujeto activo del delito. En este caso, se trata de expresiones verbales. Más aún, de las vertidas en un discurso gremial que formulaba el líder sindical en el marco del ejercicio de esos derechos de jerarquía superior. De modo que el juicio relativo a la tipicidad de esa conducta, no puede desvincularse del sentido que tuvieron las expresiones usadas en esa alocución. Es que, dado el carácter de garantía constitucional y el marco en el que se produce el delito, no resulta fácil excluir su incidencia en la propia caracterización del riesgo general que determina la relevancia penal de la conducta en lugar de abordarlo como un conflicto de intereses jurídicos. Sobre todo, frente a la preferencia constitucional y convencional de esas normas y las características de la figura y el caso analizados».

Enrique Buteler finaliza este acápite de su voto diciendo: «Se entiende, por ello, que se trata de una hipótesis en que se requiere la interpretación del tipo penal para establecer el propio estándar que determinará la entidad y consiguiente existencia del riesgo típico de la figura —aún abstracto—, y el juicio general sobre su permisión -o no. Algo que recuerda a conclusiones que se extraían en el Derecho penal nacional en el marco de la categoría de la llamada tipicidad conglobante, que completaba el juicio de tipicidad formal al considerarse que esos derechos restringían el alcance prohibitivo de la norma³⁹».

Lamentablemente no podré detenerme en comentar la riqueza conceptual del apartado II.2.3. en donde Enrique Buteler se explaya con solvencia sobre los alcances de las garantías involucradas y su influencia para desechar la tipicidad de la conducta examinada, también en este plano.

Sin embargo, debo rescatar dos párrafos relevantes: «Por definición, la protesta social, como manifestación específica del derecho de expresión, supone exteriorizaciones públicas de contrariedad respecto de cuestiones vinculadas principalmente con decisiones

³⁸ En la nota (30) cita a PAGLIANO, ANA INÉS, *El delito de incitación pública, ¿criminalización de la protesta social?*, La Ley, 2011-F, 384, Fallo c, Suplemento Penal 2011, noviembre.

³⁹ En la nota (32) se remite a ZAFFARONI, EUGENIO, *Tratado de Derecho penal, Parte general*, Ediar, Buenos Aires, 1987.

de gobierno para buscar influir sobre terceros⁴⁰. Su importancia es trascendental. No solo se relaciona con su valor para favorecer el descubrimiento de la verdad. Resulta esencial para, de ese modo, permitir el adecuado funcionamiento de la democracia, al facilitar el debate acerca de cuestiones de interés público⁴¹».

«Nada de eso obedece a un capricho de los organismos internacionales de Derechos Humanos o del legislador nacional. Tiene que ver con que, los derechos a la expresión y la protesta, buscan, justamente, evitar que los poderes del Estado —lógicamente, incluido el Poder Judicial— intervengan en términos que puedan restringir las posibilidades de los ciudadanos de expresarse libremente y comunicar sus opiniones y críticas. Por esa razón, suele destacarse su conexión con el propio “nervio democrático” y su consiguiente preferencia constitucional».

Para finalizar, estimo de vital importancia destacar en el apartado III del voto del magistrado Buteler las precisiones que —más allá de la atipicidad de la conducta analizada— efectúa sobre el alcance diferenciado de la incidencia de las garantías constitucionales y convencionales, según se trate o no de situaciones de protesta institucionalizada.

Comienza aclarando que nada de lo que ha expuesto conduce a negar la posibilidad de cometer delitos ni la de sancionarlos en esos contextos, ya que son perfectamente imaginables situaciones de exceso o abuso que no deberían quedar comprendidas en esas restricciones, sobre todo cuando suponen perjuicios de algún significado para derechos individuales de terceros. «Por ello, el marco para la justificación de esas conductas es limitado, a partir del conflicto que revela su tipicidad, y dependerá de las características, intensidad e intereses que hay detrás de esos conflictos y su balanceo con las garantías constitucionales y convencionales involucradas».

Por tal motivo «en la medida en que se trate de acciones ilícitas, aunque cometidas en contextos de protesta, las cosas pueden ser diferentes y sancionarse penalmente a sus autores, sin que ello constituya un caso de **criminalización de la protesta**. Por esa misma razón, los afectados en sus derechos individuales pueden defenderse. Sea por aplicación de la causa de justificación del estado de necesidad (art. 34 inc. 3° CP), sea por la de legítima defensa (art. 34 inc. 6° CP), según los casos. Y, esto, lógicamente, también autoriza a la intervención de las fuerzas de seguridad en el marco del cumplimiento de un deber o de ejercicio de un cargo (art. 34 inc. 4° CP). Sin perjuicio de ello, cabe aclarar que aun en los casos de protesta lícita, la complejidad que evidencian estas cuestiones, no debe dejarse de lado al momento de analizar las posibles situaciones de error sobre los presupuestos objetivos de esas causas de justificación. Sobre todo, en el caso de particulares. Y esto vale, tanto para la inferencia sobre la existencia de esa creencia equivocada, como para determinar los estándares de vencibilidad de ese defecto cognitivo inverso, naturalmente más flexibles».

A renglón seguido el señor vocal del primer voto afirma: «En ese marco, tampoco escapa que, como ha señalado el Sr. Fiscal de Cámara, el supuesto de hecho analizado se relaciona con la actividad de un sindicato jurídicamente reconocido. Dicho de otro modo, se trata de un caso de **protesta institucionalizada**. Ello, por cuanto el sindicato, como tal, contaba con “resortes evidentes de poder político institucional y medios de comunica-

⁴⁰ En la nota (33) cita a ROSSETTI, ANDRÉS, *El Derecho frente a la protesta social (o sobre la flexibilidad de los derechos)* en Anuario IX (2006) del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UNC, p. 201.

⁴¹ En la nota (34) Buteler remite a GELLI, MARÍA ANGÉLICA, *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada*, 4ª edición ampliada y actualizada, La Ley, Buenos Aires, 2008, t. 1, p. 127.

ción’’⁴². También se está de acuerdo con él, en cuanto a que eso modifica el alcance de la permisión de realizar acciones típicas que otorgan esas garantías. Algo en lo que, además, parece haber acuerdo en la abundante doctrina relacionada con esta materia⁴³. Esto adquiere especial relevancia práctica cuando se afectan derechos de particulares ajenos al conflicto con alguna entidad que legitime la intervención penal. Ello es así, por cuanto, esas mejores posibilidades para canalizar eficazmente la protesta sin acciones violatorias de intereses individuales de terceros, restringe el alcance de la cobertura. Dicho de otro modo, mantiene incólume los intereses penales de protección de esos bienes jurídicos contra los que se atenta. Y, por ello, los ciudadanos y la autoridad, conservan sus facultades normales de defensa y de intervención en el caso, respectivamente».

Su conclusión, irrefutable, es la siguiente: «...nada de esto es aplicable al caso. Por una parte, debido a la falta de tipicidad de la conducta analizada, que ya se advierte en un plano dogmático. Por otra parte, porque la figura en cuestión, ni siquiera se relaciona con la afectación de derechos individuales de terceros debido a las características de su tipificación».

⁴² En la nota (49) cita en ese sentido a SILVA SÁNCHEZ, JESÚS MARÍA, “Protesta”, *InDret Penal. Revista para el análisis del Derecho*, Nº 1 – 2022, p. 3.

⁴³ En la nota (50) remite, por todos, a GARGARELLA, ROBERTO, *Carta abierta sobre la intolerancia. Apuntes sobre Derecho y Protesta*, edición ampliada, edit. Siglo veintiuno, Buenos Aires, 2015.

Progresiva intensificación de la afectación de un bien jurídico sin unidad de ejecución. ¿Concurso de leyes? ¿Concurso ideal? ¿Concurso real? A propósito del caso “Dávila”

Progressive intensification of the impact of a legal asset without a unit of execution. Law contest? Ideal contest? Real contest? Regarding the ‘Dávila’ case

Por: HORACIO A. CARRANZA TAGLE*

RESUMEN: En el presente trabajo, con la excusa de una nota a un fallo, doy mi posición acerca de la relación concursal existente entre los delitos que, sin unidad de ejecución, afectan cada vez más intensamente a un mismo bien jurídico. Brindo razones para sostener que podrá existir un concurso de leyes, un concurso ideal o un concurso real, según de qué grupo de casos se trate.

PALABRAS CLAVE: Concurso de delitos. Delitos progresivos.

ABSTRACT: *In this work, with the excuse of a note to a ruling, I give my position on the bankruptcy relationship between crimes that, without unity of execution, increasingly affect the same legal asset. I provide reasons to maintain that there may be a laws contest, an ideal contest or a real contest, depending on which group of cases is involved.*

KEYWORDS: *Crime contest. Progressive crimes.*

Sumario: **I.** Introducción. **II.** El caso “Dávila”. A. El hecho. B. La posición del tribunal de juicio. C. La posición del tribunal de casación. **III.** Crítica a los argumentos del tribunal de casación. A. Argumento lógico. B. Argumento valorativo. **IV.** Conclusiones.

I. Introducción

En nuestro foro local el fallo “Dávila” constituye, a no dudarlo, un hito en la jurisprudencia de la Sala Penal del TSJ de Córdoba. Digo esto porque por primera vez dicho tribunal tuvo ocasión de abordar el examen de un delito relativamente novedoso en nuestra legislación argentina. Me refiero al denominado *child grooming*¹ y, más específicamente, a sus requisitos típicos objetivos y subjetivos, como así también a la categoría concursal aplicable entre este delito y los posteriores que afecten más intensamente la integridad sexual de la víctima.

El objeto del presente trabajo es aportar argumentos para confrontar la posición asumida en dicho precedente jurisprudencial, en cuanto sostiene que entre el *grooming* y los delitos posteriores contra el mismo bien jurídico existe un concurso real de delitos.

* Doctor en Derecho por la Universidad Nacional de Córdoba. Miembro de Número del Instituto de Ciencias Penales de la Academia Nacional de Derecho de Córdoba. Profesor Adjunto de la asignatura Derecho Penal I, Carrera de Abogacía de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UNC. Vocal de Cámara de la Cámara en lo Criminal y Correccional de 11ra. Nominación de la ciudad de Córdoba. Autor de libros y artículos en publicaciones especializadas del país.

Agradezco a Nicolás Lamberghini por las interesantes observaciones que hizo a este artículo.

¹ Este delito fue introducido en nuestro Código penal argentino mediante la ley 26.904 (B.O. del 11/12/13). Concretamente, el actual art. 131 establece que: “Será penado con prisión de seis meses a cuatro años el que, por medio de comunicaciones electrónicas, telecomunicaciones o cualquier otra tecnología de transmisión de datos, contactare a una persona menor de edad, con el propósito de cometer cualquier delito contra la integridad sexual de la misma”.

A su vez, tomo como excusa esta nota a fallo para brindar mi posición sobre la relación concursal existente entre sucesivos actos que implican una progresiva afectación de un mismo bien jurídico sin unidad de ejecución. Aquí brindo argumentos para sostener que en estos casos podrá darse un concurso de leyes, un concurso ideal de delitos o un concurso real de delitos, según el grupo de casos de que se trate.

En primer lugar, reseñaré en qué consistió el hecho y los argumentos del tribunal de juicio y el de casación. Luego, criticaré la posición del tribunal de casación. Finalmente, brindaré mis conclusiones.

II. El caso “Dávila”

A. El hecho

En lo que aquí concierne, luego del juicio, se tuvo por acreditado que entre enero y mayo de 2014 Dávila logró contactar por la red social Facebook a una niña de 14 años de edad, con el propósito de atentar contra su integridad sexual. En dicho período el aludido sujeto logró que la menor le enviara fotos de su cuerpo desnudo y de sus partes genitales, primero mediante engaños (simulando ser un joven de 17 años de edad, de profesión “modelo”) (primer hecho, según la acusación); y luego, desde fines de febrero de ese mismo año, logró que le enviara más fotos íntimas mediante coacción (amenazándola continuamente -entre otras cosas- con publicar y distribuir lo que ya había obtenido) (segundo hecho).

B. La posición del tribunal de juicio²

La juzgadora del caso sostuvo, en cuanto a lo que aquí interesa, que el *grooming* (art. 131 CP) constituye un acto preparatorio con relación a delitos contra la integridad sexual, y que en el caso este propósito se cumplió mediante el logro de la producción fotográfica arriba aludida (art. 128 *ibidem*). Entonces, la figura del art. 128 del CP (al haber implicado el cumplimiento de la finalidad propia de la primera figura) desplaza a la del *grooming*, por mediar un concurso aparente de leyes; más concretamente, una relación de consunción por ofensa de gravedad progresiva respecto del mismo bien jurídico. “Es que como bien señala la doctrina, esta norma, a diferencia del art. 183 bis del Código Penal Español, no contiene una regla concursal expresa y encontrándose ella en el mismo título y protegiendo el mismo bien jurídico la consumación del hecho delictivo sexual absorbe al *child grooming*. Si no fuera así, estaríamos haciéndole al sujeto la paradójica crítica no sólo de haber consumado el delito contra la integridad sexual, sino también de haberlo preparado”³.

C. La posición del tribunal de casación

Por su parte, el tribunal de casación⁴ también entendió que el delito de *child grooming* constituye un acto preparatorio con relación a los restantes delitos contra la integridad sexual. Sostuvo que mediante este adelantamiento de la barrera de punibilidad se protege a menores sumamente vulnerables debido a la falta de contacto personal (propia del empleo de estos medios telemáticos), y —por ende— de mayores facilidades del victimario para ocultar su identidad e intenciones, y para seducir a la víctima, ante su aislamiento,

² El tribunal de juicio del precedente “Dávila” fue la Excm. Cámara en lo Criminal y Correccional de primera nominación, Sala unipersonal a cargo de la Dra. Susana B. Cordí Moreno, quien se expidió mediante sentencia n° 57 del 13 de diciembre de 2016.

³ Cita en su apoyo a Arocena – Balcarce, 2014, 87. En el texto y notas utilizo un sistema de referencia breve: “apellido del autor”, “año de edición”, “número de página”. La referencia bibliográfica completa de todas las citas figura al final del texto.

⁴ Me refiero a la Sala Penal del TSJ de Córdoba, la cual se expidió mediante sentencia n° 122, del 19/04/2018.

la desinhibición que esta despersonalización acarrea, y la dependencia de las nuevas generaciones con relación a esta clase de tecnologías. Este peligro abstracto de ostensible envergadura es el que justifica la punición del mencionado acto preparatorio⁵.

Luego, sostiene que si, como consecuencia del contacto telemático, el autor logra la especial finalidad perseguida llegando a la ejecución de un delito que atente de manera concreta y real contra su libertad sexual, ambos delitos deberán concursarse materialmente (art. 55 del CP), y no encuadrarán en el supuesto de concurso de tipos por consunción por ofensas progresivas. Esta última aserción es la que discuto en el presente trabajo.

Al respecto, el tribunal de casación cordobés brinda dos clases de argumentos: uno lógico y otro valorativo.

1) Con respecto a lo primero, el máximo tribunal cordobés afirma que la conducta descrita en el art. 131 del CP, al constituir un acto preparatorio, por definición, no puede incluir lógicamente la comisión de un delito contra la libertad sexual específico.

Agrega que, a su vez, el art. 128 del CP no contiene ninguna referencia explícita al empleo de estos medios, sino que incluye cualquier medio. Entonces, justamente, el empleo de estos medios telemáticos constituye una diferencia valorativa no comprendida en su punición.

2) Por otra parte, considera que desde una perspectiva valorativa resultaría absurdo predicar aquí una consunción, porque el art. 131 establece una pena mayor a la de muchos delitos específicos contra la integridad sexual que no contemplan necesariamente este medio típico⁶. Entonces, la consumación de estos otros delitos conduciría a castigar más levemente el delito consumado que el acto preparatorio, lo cual, dada la constitucionalidad de la sanción prevista en el art. 131 del CP, conformaría un resultado interpretativo absurdo.

III. Crítica a los argumentos del tribunal de casación

A continuación, abordaré la crítica a los anteriores argumentos del tribunal de casación, siguiendo el mismo orden: primero, el argumento lógico y, a continuación, el de índole valorativa.

A. ARGUMENTO LÓGICO

1. Con relación a los criterios a tener en cuenta para predicar la existencia de unidad delictiva a pesar de plurales afectaciones a un bien jurídico, considero, al igual que la doctrina mayoritaria, que el alusivo a la unidad de ejecución soluciona el problema concursal ante una progresiva intensificación de la afectación de un bien jurídico en un mismo contexto espacio-temporal: si para matar a B, A comienza lesionándolo hasta lograrlo, es claro que todo el suceso, al compartir ese mismo contexto espacio-temporal, queda absorbido por la figura del art. 79⁷.

⁵ Adelanto que los hechos subsumibles en el art. 131 del Código penal argentino no siempre mostrarán las razones brindadas en el texto para justificar el referido adelanto de punibilidad (concretamente, la mayor indefensión de la víctima ante el ocultamiento de la identidad e intenciones del autor). Ello es así, porque, tal como está redactada dicha figura, también abarca casos en los cuales el autor simplemente se contacta telemáticamente con la víctima para atentar contra su integridad sexual, pero sin ocultar su identidad sexual, ni engañarla. De hecho, el propio tribunal de casación cordobés muy recientemente examinó un caso de esas características en el precedente “Tosco” (S. n° 379, 14/09/2023).

⁶ Entiende justificada la mayor punición debido a la gravedad de este injusto y a mayores necesidades preventivas, como consecuencia de la masividad, indeterminación, vulnerabilidad y eficacia de esos medios.

⁷ Se dará una “unidad de ejecución” cuando exista una sucesión de actos de modo que el autor, según su representación, mediante la ejecución del acto precedente da comienzo directamente a la realización del subsiguiente. Para más detalles, ver Carranza Tagle, 2011, 256 a 259.

El problema surge ante delitos consistentes en claros actos preparatorios punibles⁸, que no están en unidad de ejecución con los posteriores delitos que afectan más intensamente el mismo bien jurídico. Así, p. ej., si A comete *grooming* contra B para obtener material pornográfico, y varios días después logra su cometido (tal como ocurrió en el caso “Dávila”).

Aquí, la visión de todo este suceso como una mera intensificación de un único injusto no viene dada por el criterio relativo a la “unidad de ejecución” (porque no existe), ni por el alusivo a un “dolo total” (propio de un delito continuado con actos semejantes entre sí⁹), sino por el principio de que *lo mayor* —o lo más grave— *comprende a lo menor* —o menos grave (“*ubi maior, minus cessat*”). Adelanto que, a mi juicio, a diferencia del criterio de unidad de ejecución, éste último tiene un poder unificador más reducido (menos potente). Ello se pondrá de manifiesto abajo (en el punto 2), cuando aborde cómo tratar diferentes grupos de casos.

Acuerdo con la doctrina sostenida en “Dávila” en cuanto a que, por definición, los actos preparatorios no incluyen los actos posteriores que afectan más intensamente el bien jurídico protegido. Pero de lo que se trata es de desentrañar si, tal como sustuvo el tribunal de juicio, el tipo que describe el delito posterior basta para abarcar el injusto propio de dicho acto preparatorio en sí punible.

Concretamente, con relación al caso que nos ocupa, considero que la figura de *producción de material pornográfico* (art. 128 CP), desde el punto de vista lógico, al incluir cualquier medio posible para lograr la aludida producción¹⁰, entre los cuales están los telemáticos, sí incluye -implícita pero inequívocamente- este medio entre las acciones típicas. Pero, desde este punto de vista, la figura que comento abarcaría sólo aquel contacto telemático a partir del cual se causó la producción pornográfica, no así a los anteriores contactos telemáticos preparatorios de dicha producción.

Ahora bien, el tipo penal no solo es un concepto lógico sino también valorativo. De hecho, ello dio origen a las sub-categorías de la consunción y la subsidiariedad dentro del concurso de leyes, reservándose la de la especialidad para abarcar allí las relaciones de tinte lógico entre tipos penales¹¹.

En cuanto a lo recién aseverado, me valgo, por todos, de lo que sostiene Ramón García Albero:

“Si el desplazamiento de uno de los tipos en concurso de leyes se produce siempre en virtud de la exhaustiva captación del contenido antijurídico del suceso por parte de uno de los delitos, esta función no puede quedar condicionada previamente por la contención —en sentido extensional— de un tipo en otro. No al menos si **los tipos, lejos de describir clases de acciones valorativamente neutras, se conciben como expresión de la puesta en peligro o lesión de bienes jurídicos...** Más aún, lo que cuestiona fundamentalmente los resultados a los que conducen las teorías estructuralistas es la virtualidad del método lógico-formal cuando pretende trasladar la lógi-

⁸ Es decir, aquellos cuya única razón de castigo estriba en un adelanto de la barrera de punibilidad para tutelar anticipadamente un bien jurídico cuando corre un peligro abstracto de lesión.

⁹ Habrá “dolo total” cuando el sujeto abarque el resultado total del hecho en sus rasgos esenciales, de tal manera que los actos individuales semejantes se expliquen sólo como una realización sucesiva del todo querido unitariamente. Ver, por todos, Carranza Tagle, 2021, 74 y 98.

¹⁰ Es decir, al tratarse de un delito de resultado puro, que no describe una acción típica concreta (cf., Córdoba, 2021, 35).

¹¹ Ver, por todos, García Albero, 1995, 339.

ca de los conceptos a las descripciones típicas, que son esencialmente conceptos normativos, y por ello, en última instancia, valorativos” (García Albero, 1995, 181. El resaltado en negrita es mío).

Al respecto, la doctrina en forma prácticamente unánime, más allá del discutible “etiquetamiento” de estas relaciones dentro de los principios de la consunción o de la subsidiariedad (tácita), deduce el solapamiento del hecho principal al acto anterior, aunque constituya un delito autónomo, prescindiendo de las relaciones lógicas entre ambos, y apelando a un firme criterio valorativo de absorción de disvalor: el ya mencionado “*ubi maior, minus cessat*”.

Al respecto, en lo que aquí concierne, insisto que constituye una petición de principio exigir que, para que un tipo principal absorba a otro, alusivo a un acto previo, dichos actos deban estar abarcados por la extensión del tipo principal.

Es que “la relación de inclusión valorativa que se desprende de la “*ratio*” de los actos preparatorios, no es otra que la necesidad de una extensión de la punibilidad... a estadios previos a la tentativa. La preparación, por mucho que constituya un “hecho” diverso, carece de sustantividad propia frente a las formas de agresión próximas al bien jurídico. Si la tentativa en “unidad natural de acción” [es decir, en “unidad de ejecución] resulta desplazada por las reglas del concurso de leyes en casos de consumación, ¿por qué debe buscarse una fundamentación autónoma para los actos preparatorios en pluralidad de acciones?” (García Albero, 1995, 178, 179, y 352 a 357).

Se sostiene, por ello, que el tipo principal ya contiene implícitamente el desvalor representado por el acto previo, de modo que la doble incriminación sopondría una vez más una infracción del principio de prohibición de doble desvaloración (García Albero, 1995, 362)¹².

Y agregó otro argumento: el adelanto de punibilidad en que consiste la tipificación autónoma de actos que antes eran impunes por resultar meramente preparatorios tiene, justamente, esa finalidad: adelantarse en la punición, llegar antes, “arribar a tiempo”, antes de que se siga avanzando en el camino de la progresiva afectación de un bien jurídico. Ahora bien, si ya se avanzó en este camino, no tiene sentido poner en práctica este adelanto de punibilidad, porque simplemente “se llegó tarde”, pues el sujeto ya está más adelante en dicho camino del delito. Así, p. ej., si A terminó accediendo carnalmente a B, su víctima de *grooming*, deberá ser castigado por esto último (abuso sexual con acceso carnal), y no por lo primero (*grooming*). Ello así, más allá de considerar las circunstancias fácticas específicas de dicho *grooming* para agravar la pena (el tiempo que demandó dicho contacto telemático, las modalidades de ejecución utilizadas, etc.).

2. Ahora bien, una vez afirmado que el tipo del delito principal absorbe el acto preparatorio en sí punible, considero que deben efectuarse algunas *precisiones*. Para ello distinguiré, a continuación, distintos grupos de casos.

i) Delito menos grave - medio, seguido de otro más grave - fin

¹² Opinan también que existe un concurso de leyes frente a este supuesto, entre otros, Jescheck, 1988, 673; Maurach-Gossel-Zipf, 1987, 585; Roxin, 1997, 1006; Jakobs, 1997, 1059; Stratenwerth, 2008, 544; Frister, 2022, 688; Soler, 1994, 215; Núñez, 1977, 180 (ambos, de manera muy escueta); Barberá de Riso, 1979, 846; Zaffaroni, 1980, 566 (aclarar que el criterio valorativo rector se extrae de la cuantía penal, que es indicadora del grado de afectación); y Caramuti, 2005, 213. Pessoa (2018, 189 y ss.), al aludir a los “actos anteriores” co-penados, no analiza el supuesto aquí abordado, sino otro distinto: el de una única conducta – p. ej., un disparo de arma de fuego- que genera resultados -y, por ende- encuadres típicos- sucesivos: lesiones graves – homicidio.

En primer lugar, para que exista el postulado concurso de leyes, debe ser nítida esta relación “*delito anterior medio menos grave*” y “*delito posterior fin más grave*” entre los respectivos tipos penales. Sólo en estos casos (cuando el legislador así lo ha establecido inequívocamente -de modo expreso o implícito) veo la razón de ser de dicha clase de concurso: una relación *minus – maior* que justifica considerar valorativamente a todo el suceso como una mera intensificación cuantitativa de un único injusto.

Así, p. ej., lo anterior sucederá no sólo si se da un caso similar al aquí comentado (*grooming* seguido de un delito contra la integridad sexual – arts. 131 y 128 CP), sino también si A tiene instrumentos destinados a falsificar moneda, y luego logra dicho cometido (arts. 299 y 282 CP); o si A comete el delito de conspiración para la traición, y meses después consuma la aludida traición (arts. 216¹³ y 214 CP)¹⁴; o si tiene estupefacientes para comercializar y luego los comercializa (art. 5, inc. c, 1ro. y 2do. sups., L. nac. 23737)¹⁵; o si tiene explosivos para contribuir a la comisión de delitos contra la seguridad común y luego causa una explosión generando un peligro común para los bienes (arts. 189 bis -1er. párr.- y 186, ap. 1, CP)¹⁶. En todos estos casos, los aludidos delitos expresamente previstos por el legislador como “posteriores - fin” absorberán por completo a los delitos “anteriores – medio”¹⁷.

Y si A falsifica moneda de curso legal, y luego la pone en circulación (art. 282 CP), o si falsifica un documento público y luego lo usa (arts. 292 -1er. sup.- y 296 CP), al tratarse el primero implícita pero inequívocamente de un acto preparatorio dirigido a lo segundo (aún cuando no esté redactado como un delito mutilado de varios actos¹⁸), considero que también se dará un concurso de leyes, por progresiva afectación al mismo bien jurídico.

ii) Acto preparatorio multiofensivo

A su vez, si el aludido acto preparatorio concreto excede esta puesta en peligro abstracto específicamente relativa al mismo bien jurídico, al afectar también otro bien jurídico, existirá un concurso ideal de delitos. Ello así, por compartir ambos tipos penales (el del acto preparatorio y el del acto posterior más progresivamente lesivo) el enfoque de dicho

¹³ Incluso este delito contiene, justamente, una cláusula de subsidiariedad, al establecer que se castigará “...si la conspiración fuere descubierta antes de empezar...” la ejecución de la traición.

¹⁴ Los ejemplos son de De la Rúa - Tarditti, 2015, 264. Más ejemplos en Zaffaroni – Alagia - Slokar, 2000, 777.

¹⁵ De hecho, el tribunal de casación cordobés, en base a otro argumento (consunción por la estructura del tipo, al existir habitualidad -*id quod plerumque accidit*) acepta aquí un concurso de leyes. Ver TSJ Cba., Sala Penal, “Cejas”, S. n° 403, 20/10/2014.

¹⁶ En este ejemplo ocurre algo interesante: la escala del acto preparatorio (de cinco a quince años de prisión) es mayor que la del delito fin (tres a diez años de prisión). Sobre ello, me explayo más abajo, en III, B, 2.

¹⁷ En mi *Introducción* (2011) sostuve que siempre existirá un concurso ideal entre el delito anterior medio y el posterior fin (incluso si existe un delito menos grave seguido de otro más grave) **siempre y cuando se trate de su comienzo de ejecución** (ver Carranza Tagle, 2011, 245, 255, 260 y 262). Ahora, en cambio, acepto que el tipo que describe el delito fin abarca al delito anterior medio no solo si representa su comienzo de ejecución, sino también si se trata de un acto preparatorio -tipificado autónomamente-, siempre que aparezca como un estadio anterior dentro de una progresiva intensificación de ataque al mismo bien jurídico.

No forma parte del presente trabajo examinar la relación concursal entre delitos progresivos mediante unidad de ejecución (p. ej., A comienza injuriando a B, y luego lo calumnia), pero por las razones que doy en el texto (lo más grave absorbe a lo menos grave) ahora considero que en estos casos existe un concurso de leyes, tal como lo sostuve en mi tesis doctoral (ver, al respecto, Carranza Tagle, 2011, 263, nota 91, donde se hace referencia a la doctrina en favor de esta posición).

¹⁸ O sea, aquél cuya descripción típica requiere que el autor ejecute un primer acto con la finalidad de ejecutar, luego, un segundo acto, sin que sea necesario que dicho segundo acto se lleve a cabo, bastando sólo la finalidad de ejecutarlo (ver, por todos, Córdoba, 2021, 127).

acto preparatorio punible, pero —a su vez— captar cada uno de dichos tipos áreas de enfoque exclusivas¹⁹.

Así, p., ej., existirá un concurso ideal de delitos si A rapta a B con intención de menoscabar su integridad sexual, y días después la accede carnalmente por la fuerza (arts. 130 y 119 -párr. 3ro.- CP). Es que el delito de rapto, además de constituir un acto preparatorio punible en atención a la puesto en peligro abstracto de la integridad sexual de B, lesiona, además, de manera autónoma, su libertad ambulatoria.

iii) Delito anterior permanente

Ahora bien, si el delito anterior es un acto preparatorio de carácter permanente, en cuyo transcurso se comete el delito posterior, también estaremos ante un concurso ideal de delitos, porque en ese momento (el de la comisión del delito posterior) concurre también el delito anterior. Es que, al “permanecer” la comisión de dicho delito incluso al cometerse el posterior, allí confluyen las áreas de enfoque²⁰.

Así, p. ej., si A forma parte de una asociación ilícita destinada a la comisión de delitos indeterminados (p. ej., obtención y comercialización de automóviles robados), y meses después roba un auto, en ese momento también está cometiendo el delito de asociación ilícita²¹.

Lo mismo ocurrirá si A forma parte de una asociación ilícita destinada a cometer delitos tributarios, y meses después logra cometerlos²².

Y lo mismo, si A tiene a su alcance un arma de fuego sin la debida autorización y días después comete un robo con dicha arma de fuego²³.

¹⁹ Al respecto, considero que las acciones humanas (y los delitos son una clase de dichas acciones) se cuentan conforme a cómo son descriptas. Y las descripciones legales de lo penalmente relevante son los tipos. La descripción típica identifica, y —por ende— individualiza (sin crear) la conducta humana ya existente en el plano de lo real. Y únicamente habiendo individualizado los “hechos” según la perspectiva penal, estamos luego en condiciones de “contarlos”. Por ello, sostengo que la clave para poder contar los delitos consiste en examinar *el modo en que captan los tipos concurrentes* (que son como lentes) el suceso fluyente concreto a subsumir. Concretamente, *habrá tantos delitos cuantas áreas del suceso fluyente concreto estén enfocadas de manera separada por el o los tipos concurrentes*.

Lo anterior significa que debe contarse la cantidad de áreas de dicho suceso que son enfocadas, en forma separada, por los tipos penales concurrentes a describirlo. Así, existirá un **delito simple** cuando el suceso es abarcado por una sola figura penal, resaltando una sola área de enfoque. A su vez, existirá un **concurso de leyes** cuando frente a un suceso concurren dos o más tipos a describirlo, pero basta uno solo de ellos para enfocar dicho suceso en cuanto a todos sus aspectos penalmente relevantes (también existirá aquí una sola área de enfoque). En cambio, existirá un **concurso ideal de delitos** cuando ninguno de los tipos concurrentes abarque todo lo penalmente relevante de dicho suceso, presentando los tipos penales concurrentes áreas exclusivas de enfoque, pero también un área compartida (existirán, entonces, varias áreas de enfoque unidas). Por último, existirá un **concurso real de delitos** cuando ninguno de los tipos concurrentes a describir el suceso abarque todo lo penalmente relevante, presentando -a su vez- áreas separadas de enfoque, sin área compartida alguna (existirán varias áreas de enfoque separadas entre sí). Al respecto, ver Carranza Tagle, 2011, 189 a 211.

²⁰ Al respecto, ver Carranza Tagle, 2011, 204.

²¹ En el mismo sentido, opina Ziffer (2005, 112 a 117). Por su parte, Gallo (2003, 51) brinda como razón de esta misma solución la relación típica de medio a fin entre ambos delitos. Este argumento es objeto de crítica más abajo (en iv).

²² En el mismo sentido, opina Rodrigo Álvarez en su trabajo inédito intitulado *Asociación ilícita tributaria y los delitos posteriores de la ley 24.769: un problema de concurso de delitos*.

²³ Ya advertí esto en mi *Introducción*, 2011, 261, nota 89. El tribunal de casación cordobés predica aquí un concurso de leyes (ver, TSJ Cba., Sala Penal, “Chávez”, S. n° 38, 26/03/2007, entre muchos otros). Sin embargo, a mi juicio, el tipo del delito posterior no alcanza a abarcar completamente el disvalor del delito anterior, concretamente, en cuanto a que dicha arma de fuego se tuvo sin la debida autorización legal.

iv) Mera relación típica de medio a fin

En cambio, si no se da esta relación “menos grave – más grave” entre los respectivos delitos anterior —medio y posterior— fin, existirá un concurso real de delitos. Es que lo que genera el poder de enfoque desde el punto de vista valorativo es —justamente— eso (lo menos grave seguido de lo más grave), y no la mera relación de medio a fin expresamente allí prevista²⁴. Ello así, porque esto último no implica necesariamente una progresiva afectación de un bien jurídico, siendo a veces el delito anterior igual o más grave que el delito posterior.

Así, p. ej., si A mata a B para robarle y seguidamente le roba (arts. 80 -inc. 7mo.- y 164 CP), por más que estemos ante un delito anterior mutilado de varios actos que guarda una relación de medio a fin con el delito posterior, no se da lo que se requiere para el enfoque del delito anterior: su menor gravedad²⁵.

v) Relación extratípica de medio a fin

Y, con mayor razón, existirá un concurso real (hechos independientes) si ni siquiera existe entre los tipos una relación *medio a fin*, sino que ello se presenta únicamente en la mente del autor²⁶.

Así, p. ej., si A viola el domicilio de B para robarle o matarlo, y luego le roba o lo mata, no estamos ante una progresiva afectación de un bien jurídico prevista de antemano por el legislador (o sea, ante un delito mutilado de varios actos menos grave, punible por ser un acto preparatorio del segundo más grave), sino simplemente ante dos hechos independientes, conexos solo en la mente del autor. En estos casos el tipo del delito posterior no alcanza a captar al acto preparatorio, al no darse aquí una progresiva afectación al mismo bien jurídico prevista como tal por el legislador²⁷.

vi) Progresiva afectación sin relación de medio a fin

Y, con mayor razón aún, si falta en el suceso concreto este enlace *medio a fin* entre un delito y otro, por más que objetivamente se de una progresiva intensificación de ataque a un mismo bien jurídico, habrá un concurso real de delitos. El acto anterior no será propiamente un acto preparatorio con relación al posterior, sino que se tratará de un “hecho independiente”.

Lo anterior sucederá, p. ej., si A lesiona levemente a B; y, días después, mutando su intención inicial lesiva, decide matarlo.

B. ARGUMENTO VALORATIVO

El tribunal de casación utiliza, además, un argumento valorativo muy persuasivo para fundar su tesis del concurso real frente al supuesto que aquí comento (*grooming* seguido de producción de imágenes pornográficas). Concretamente, sostiene que, si el tipo que

²⁴ Algunos otorgan un poder unificador a la aludida relación de medio a fin típica, considerando que ello determina unidad delictiva. Ver, por todos, Jescheck, 1993, 649; Stratenwerth, 2008, 535; y Zaffaroni, 1980, 535. De hecho, el tribunal de juicio del presente caso sigue esta postura.

²⁵ En algún momento le di mucho peso a la relación medio a fin típicamente prevista, pero el caso que comento me hizo descubrir el error. Allí lo más grave es seguido por algo menos grave. No habría porqué “premiar” esto considerándolo como “un hecho”, solo por la conexión ideológica entre ambos delitos.

²⁶ En el Código Penal español esta conexión teleológica entre un delito y otro en la mente del autor se premia, tratándolo con la escala penal prevista para el concurso ideal de delitos, mediante el instituto denominado “concurso medial” (art. 77, 1er. párr., 2do. sup., CP español). La doctrina de ese país cuestiona dicho tratamiento benévolo al mentado concurso real de delitos. Al respecto, ver, por todos, Escuchurri Aisa, 2004, 439.

²⁷ Ello así, más allá de que el referido tipo del art. 150 de nuestro CP contenga una cláusula de subsidiariedad expresa, que subordina su propia aplicación a que no resultare “otro delito más severamente penado”.

abarca el delito posterior contiene una pena más leve que la del delito anterior, al sujeto le convendría afectar más severamente el mismo bien jurídico, para lograr así el premio de una pena más leve, lo cual es absurdo.

1. Ahora bien, en primer lugar, con relación al caso concreto que aquí nos convoca, el art. 128 prevé una pena (tres a seis años de prisión) sensiblemente superior a la del art. 131 (seis meses a cuatro años de idéntica especie de pena), por lo cual no se daría aquí la situación absurda arriba señalada.

Y lo mismo ocurre con la mayoría de los delitos posteriores previstos en el respectivo título que tienen como víctima posible a un menor de edad²⁸.

Son pocos los restantes delitos con pena igual a la del art. 131, esto es, de seis meses a cuatro años de prisión²⁹.

Y también muy pocos los que cumplen con lo descripto por el tribunal de casación, es decir, que establecen una pena menor a la del 131:

1) Tenencia de imágenes pornográficas de menores, básica: de cuatro meses a un año de prisión (art. 128, 2do. párr.).

2) Tenencia de imágenes pornográficas de menores de trece años: de cinco meses y diez días a un año y cuatro meses de prisión (art. 128, 5to. párr.).

3) Tenencia de imágenes pornográficas de menores, para su distribución y comercialización: de seis meses a dos años de prisión (art. 128, 3er. párr.).

4) Tenencia de imágenes pornográficas de menores de trece años, para su distribución y comercialización: de ocho meses a dos años y ocho meses de prisión (art. 128, 5to. párr.).

Sin embargo, considero que el pregonado absurdo en cuanto a las penas no concurriría en los supuestos recién aludidos. Es que generalmente quien comete *grooming* no se limita a dichas tenencias sino a la producción (por autoría mediata) de dichas imágenes, tal como ocurrió en el caso “Dávila”. Pero sí podría ocurrir lo siguiente:

²⁸ Veamos:

1) Abuso sexual gravemente ultrajante básico: de cuatro a diez años de prisión (art. 119, 2do. párr.).

2) Abuso sexual gravemente ultrajante agravado: de ocho a veinte años de prisión (art. 119, 4to. párr.).

3) Abuso sexual con acceso carnal básico: de seis a quince años de prisión (art. 119, 3er. párr.).

4) Abuso sexual con acceso carnal agravado: de ocho a veinte años de prisión (art. 119, 4to. párr.).

5) Abuso sexual simple, agravado: de tres a diez años de prisión (art. 119, 5to. párr.).

6) Estupro básico: de tres a seis años de prisión (art. 120, 1er. párr.).

7) Estupro agravado: de seis a diez años de prisión (art. 120, 2do. párr.).

8) Abuso sexual o estupro seguido de muerte: prisión perpetua (art. 124).

9) Promoción o facilitación a la corrupción de menores, básica: de tres a diez años de prisión (art. 125, 1er. párr.).

10) Promoción o facilitación a la corrupción de menores, agravada por edad de la víctima: de seis a quince años de prisión (art. 125, 2do. párr.).

11) Promoción o facilitación a la corrupción de menores, agravada por otras circunstancias: de diez a quince años de prisión (art. 125, 3er. párr.).

12) Promoción o facilitación a la prostitución de menores: de diez a quince años de prisión (art. 126, 2do. párr.).

13) Proxenetismo agravado: de diez a quince años de prisión (art. 127, 3er. párr.).

14) Producción de imágenes pornográficas de menores, básica: de tres a seis años de prisión (art. 128, 1er. párr.).

15) Producción de imágenes pornográficas de menores de trece años: de cuatro a ocho años de prisión (art. 128, 5to. párr.).

16) Rapto básico: de uno a cuatro años de prisión (art. 130, 1er. párr.).

17) Rapto agravado: de dos a seis años de prisión (art. 130, 3er. párr.).

²⁹ 1) El abuso sexual simple (art. 119, 1er. párr, CP), y

2) Autoría mediata de exhibiciones obscenas de menores de edad (art. 129, 2do. párr.).

5) Suministro de material pornográfico a menores de catorce años: de un mes a tres años de prisión (art. 128, 4to. párr.).

6) Rapto atenuado: de seis meses a dos años de prisión (art. 130, 2do. párr.).

En definitiva, de 25 delitos del título, sólo dos de ellos plantearían el problema aludido en la resolución que comento.

2. Frente a estos contados casos (es decir, aquellos en los cuales el delito posterior tenga una escala penal más leve), a mi juicio, resulta razonable que un acto preparatorio esté sancionado con una escala penal que resulte más grave en comparación con la de algunos posibles delitos posteriores que se persigue evitar. Es que el legislador pretende llegar antes de que ocurran, quizás, los delitos más graves, y por ello conmina estos actos preparatorios con escalas penales relativamente elevadas. Ahora bien, si el sujeto finalmente cometió un delito posterior amenazado con una escala penal más leve que el acto preparatorio punible, “para alivio” (*sit venia verbi*) de dicho bien jurídico antes puesto en grave peligro abstracto, cesó dicho grave peligro, pues se concretó en una leve afectación. Por ello, hay que aplicar la escala del delito posterior.

Así, p. ej., si A cometió *grooming* contra B, y luego únicamente le suministró material levemente pornográfico sin llegar a promover su corrupción, hay que tener en cuenta la escala de dicho delito posterior más leve.

3. Sí resultaría problemático que el tipo que describiera un acto preparatorio instantáneo estableciera una escala penal más grave que todos los posibles delitos posteriores³⁰. Ante un caso semejante, surgiría una clara equivocación del legislador, violatoria del principio de proporcionalidad de la pena, al establecer una sanción para un acto preparatorio que sería mayor a la prevista para todos los posibles delitos posteriores que afectarían más intensamente el mismo bien jurídico. Por ello, procedería declarar la inconstitucionalidad de la mentada escala penal, ateniéndose a la del delito posterior.

4. Por otra parte, deseo llamar la atención sobre otro punto importante: la existencia de “hechos independientes” es un requisito *sine qua non* del concurso real de delitos (art. 55 CP). Por lo tanto, si no se da dicho presupuesto, no puede echarse mano de la escala penal prevista para dicha categoría concursal (sintéticamente, el mínimo mayor y la suma de los máximos), para solucionar un supuesto problema axiológico relativo a escalas penales.

En nuestro caso, si el sujeto se contacta telemáticamente con un menor para cometer un delito contra su integridad sexual, y luego logra dicho objetivo, esta clara relación, establecida expresamente por el legislador, entre un “delito medio menos grave” y otro “delito fin más grave” impide predicar aquí que estamos ante “hechos independientes” (art. 55 CP), tal como ya he aseverado arriba.

De hecho, el propio tribunal de casación cordobés acepta en el fallo aquí comentado que constituye un único hecho la coacción continuada desplegada por Dávila durante sus sucesivos contactos telemáticos para producir material pornográfico y la posterior producción del aludido material. Mal puede afirmar, entonces, que los contactos telemáticos (durante los cuales se coaccionó a la víctima) y la posterior producción de material pornográfico

³⁰ Si se tratara de un acto preparatorio permanente, desaparece el problema. Así, p. ej., la asociación ilícita para cometer delitos tributarios contempla una escala penal más grave que cualquier delito tributario posterior. Pero en este caso, al tratarse de un delito permanente, el concurso ideal con los delitos posteriores (ver *supra*, A, 2, iii) neutraliza el problema planteado en el texto. Ello así, porque se tendrá en cuenta la escala penal mayor, esto es, la del acto preparatorio.

fico son hechos independientes, y menos aún, echar mano de la escala penal prevista para dicha categoría concursal que no se da en el caso.

IV. Conclusiones

Como cierre del presente trabajo, emito mis conclusiones:

Al ser los tipos penales conceptos valorativos, abarcan los actos preparatorios típicos que impliquen una afectación al mismo bien jurídico, siempre que exista una relación de “delito medio menos grave” a “delito fin más grave” prevista por el legislador.

Por lo tanto, frente a casos como el aquí comentado (*grooming* seguido de producción de imágenes pornográficas) el tipo del delito posterior abarca el injusto del que describe el acto preparatorio. Existe, entonces, un concurso de leyes y no un concurso real de delitos.

Si no se da el anterior requisito, existirá un concurso ideal o real entre el delito anterior y el posterior, según el caso.

Bibliografía

- AROCENA, Gustavo A. - BALCARCE Fabián I., “*Child Grooming*”, *contacto tecnológico con menor para fines sexuales*, Lerner, Córdoba, 2014.
- BARBERÁ DE RISO, María Cristina, *Concurso de normas. Consunción por la estructura del tipo*, Revista La Ley, 1979-C, págs. 842 y ss.
- CARAMUTI, Carlos S., *Concurso de delitos*, 1ra. edición, Hammurabi, Buenos Aires, 2005.
- CARRANZA TAGLE, Horacio A.
- *Introducción al concurso de delitos: criterios sobre unidad y pluralidad delictiva*, BdeF, Montevideo – Buenos Aires, 2011.
 - *El delito continuado, a partir del factor típico como criterio de conteo de los hechos delictivos*, Derecho Penal contemporáneo (Dir. Gustavo A. Arocena y Fabián I. Barcarce), Serie azul, vol. 15, Mediterránea, Córdoba, 2021.
- CÓRDOBA, Fernando J., *Elementos de la teoría del delito*, Vol. 1, Hammurabi, Buenos Aires, 2021.
- DE LA RÚA, Jorge – TARDITTI, Aída, *Derecho penal. Parte general*, t. 2, Hammurabi, Buenos Aires, 2015.
- ESCUCHURRI AISA, Estrella, *Teoría del concurso de leyes y de delitos. Bases para una revisión crítica*, Comares, Granada, 2004.
- FRISTER, Helmut, *Derecho penal. Parte general*, trad. de la 9na. edición alemana de María de las Mercedes Galli y Marcelo A. Sancinetti, 2da. edic., Hammurabi, Buenos Aires, 2022.
- GALLO, Silvia Patricia, *Asociación ilícita y concurso de delitos*, colección Orden jurídico-penal, Año 2, n° 13, Fabián Di Plácido, Buenos Aires, 2003.
- GARCÍA ALBERO, Ramón, “*Non bis in idem material*” y *concurso de leyes penales*, Cedecs, Barcelona, 1995.
- JAKOBS, Günther, *Derecho Penal. Parte General: Fundamentos y teoría de la imputación*, 2da. edición corregida, traducida por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, S.A., Madrid, 1997.
- JESCHECK, Hans Heinrich, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, 4ta. edición (1988), Traducida por José Luis Manzanares Samaniego, Edit. Comares, Granada, 1993.
- MAURACH, Reinhart - GÖSSEL, Karl Heinz - ZIPF, Heinz, *Derecho Penal, Parte General*, traducción de la 7ma. edición alemana, Astrea, Buenos Aires, T. 2, 1987.
- MATUS ACUÑA, Jean Pierre, *Concurso aparente de leyes: cómo emplear esta herramienta de defensa*, 2da. edición, Astrea, Buenos Aires, 2021.

- MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal. Parte General*, 4ta. edición, Reppertor, Barcelona, 1996.
- NÚÑEZ, Ricardo C., *Manual de Derecho Penal. Parte General*, Advocatus, Córdoba, 3ra. edición, 4ta. re-impresión, 1977.
- PESSOA, Nelson R., *Teoría de la unidad y pluralidad delictiva. Estudio del “múltiple encuadre típico”*, Rubinzal – Culzoni, Buenos Aires - Santa Fe, 2018.
- ROXÍN, Claus, *Derecho Penal. Parte General. Tomo I: Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, Trad. y notas de la 2da. edic. alemana (1994) por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, y Javier de Vicente Remesal, Civitas, Madrid, 1997.
- SOLER, Sebastián, *Derecho Penal argentino*, 5ta. edición (1987), 10ma. re-impresión, T. 2, T.E.A., Buenos Aires, 1994.
- STRATENWERTH, Günther, *Derecho penal. Parte general. I: El hecho punible*, 4ta. edición trad. por Cancio Meliá y Marcelo A. Sancinetti, Hammurabi, Buenos Aires, 2008.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl
- *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, E.D.I.A.R., Buenos Aires, T. IV, 1980 (impresión de 1998).
 - ALAGIA, Alejandro – SLOKAR, Alejandro, *Derecho Penal. Parte General*, E.D.I.A.R., Buenos Aires, 2000.
- ZIFFER, Patricia S., *El delito de asociación ilícita*, Ad Hoc, Buenos Aires, 2005.

Lavado de activos y deberes del abogado

Money laundering and attorney's duties

Por: GERARD GRAMÁTICA BOSCH Y DÉBORA RUTH FERRARI¹

RESUMEN: El trabajo analiza, en el contexto del delito de lavado de activos, la legitimidad de imponerle a los abogados la obligación de reportar la información proporcionada por sus clientes a las autoridades administrativas (UIF), conforme el proyecto remitido por la Cámara de Diputados a la Cámara de Senadores para su revisión el día 19 de abril del 2023.

PALABRAS CLAVES: Lavado de activos. Deberes del abogado. Secreto profesional.

SUMMARY: *The paper analyzes, in the context of the money laundering crime, the legitimacy of imposing on lawyers the obligation to report the information provided by their clients to the administrative authorities (UIF), according to the bill sent by the Chamber of Deputies to the Chamber of Senators for review on April 19, 2023.*

KEYWORDS: *Money laundering. Attorney's duties. Professional secret.*

I. Introducción

El siguiente artículo se corresponde con la disertación realizada el día 25 de octubre del año 2023 en las sesiones ordinarias del Instituto de Ciencias Penales “Jorge de la Rúa”. Esta aclaración, en relación a la fecha de disertación, se realiza debido a las modificaciones legislativas que se sucedieron con posterioridad a dicha presentación y a los fines de guiar al lector en el alcance y sentido del presente.

Con el objetivo de contextualizar este trabajo, primero hay que poner de manifiesto que la Cámara de Diputados de la Nación, con fecha 19 de abril del 2023 había remitido a la Cámara de Senadores un proyecto de Ley para su revisión en donde se preveían algunas modificaciones del Código Penal así como modificaciones de la ley 25.246 y sus modificatorias (Encubrimiento y Lavado de Activos de origen delictivo. Unidad de Información Financiera).

En su texto, se observaban modificaciones del proyecto original, entre otras, en relación a la condición objetiva de punibilidad del Inc. 1 del Art. 303 (Punto II), la aminoración de la pena del Inc. 4 del mismo artículo (Punto III), la inclusión de los abogados dentro de los sujetos obligados a informar del art. 20 de la ley 25.246 (Punto IV), y la modificación del Art. 24, respecto de las sanciones pasibles a los sujetos obligados que incumplieran sus obligaciones (Punto V).

Por lo tanto, el objetivo principal de este trabajo es, partiendo del contexto general en el que se inserta la política criminal y normativa del delito de lavado de activos, analizar la legitimidad de la eventual imposición de un deber de informar por parte de los abogados ante la UIF.

II. Proyecto de Ley²

¹ Estudio jurídico Gramática – Ferrari – Gramática. Dirección: <http://www.estudio-gramatica.com.ar>
Queremos agradecer la predisposición y colaboración del abogado Luciano Bertarelli.

² Proyecto de ley remitido por la Cámara de Diputados a la Cámara de Senadores para su revisión el día 19 de abril del 2023.

En lo que resulta de interés para esta exposición, hay dos cuestiones para resaltar. Por un lado, la modificación del artículo 303 del CP, es decir, el delito de lavado de activos. Y, por el otro, una serie de modificaciones en las facultades de la UIF así como en las obligaciones de los sujetos obligados. En concreto, y principalmente, en relación a los abogados (Ley 25.246 y sus modificatorias).

III: Algunas breves consideraciones sobre el delito de lavado de activos, conforme el proyecto de Ley

Cabe recordar que, en su génesis, el proyecto de ley mantenía como condición objetiva de punibilidad, respecto del tipo penal agravado del inc. 1 del art. 303 CP, la suma de pesos 300.000, por lo cual no se actualizaba el parámetro establecido para incurrir en la agravante, a pesar de la constante desvalorización que sufrió la moneda argentina a lo largo de los años. En cambio, en el proyecto de ley aquí analizado, el art. 303 inciso 1) CP preveía que su valor supere la suma de *cientos cincuenta (150) Salarios mínimos, vitales y móviles*³ *al momento de los hechos* (al momento de la exposición se correspondía con pesos 19.800.000).

Por el contrario, si el valor de los bienes no superaba la suma indicada en el inciso 1), el autor sería reprimido con la pena de *multa* (art. 303 inc. 4). Recordemos que, hasta el momento, se preveía una pena de prisión y con una escala penal de 6 meses a 3 años.

Lo anterior implicaba algunas consecuencias jurídicas de interés en la aplicación del tipo penal.

Por un lado, y en relación al art. 303 inciso 1) CP, la actualización del monto traería aparejada una consecuencia práctica inmediata derivada de la aplicación de la ley penal más benigna para todos aquellos casos que, habiendo superado la suma de pesos 300.000, los hechos descritos en la plataforma fáctica de la imputación se encontraran por debajo de los ciento cincuenta (150) Salarios mínimos, vitales y móviles. Esto es, el nuevo encuadre penal debería trasladarse a la figura atenuada de lavado de activos prevista en el art. 303 inc. 4) CP que, como veremos, también impactaría directamente en la eventual pena a imponer y en el plazo de prescripción de la acción penal.

Siguiendo la línea de análisis previa, la persona originariamente imputada por el delito del art. 303 inc. 1) CP debería ser —luego— imputada por el delito previsto en el 303 inc. 4) CP. Esto último, permitiría que se active lo previsto en el art. 64 CP (pago voluntario de la multa)⁴ y, asimismo, lo previsto en el art. 62 inc. 5 CP (plazo de prescripción de la acción penal de 2 años).

Como se advierte, el proyecto proponía que la condición objetiva ya no esté fijada en un monto determinado sino que adoptaba como criterio la implementación de una métrica sujeta a constantes modificaciones dispuestas por el Poder Ejecutivo, es decir, el SMVM al momento de los hechos.

Mediante este nuevo criterio, ya no sería necesario recurrir a una modificación normativa a través de un proyecto presentado por la legislatura para alterar el monto mínimo de punibilidad del tipo. Bastaría con una resolución del órgano ejecutivo que dispusiera una suba del salario mínimo. De este modo, el tipo penal se va ajustando acorde a la realidad económica del país.

³ En adelante, también, lo abreviaremos a SMVM.

⁴ Sumado a la reparación de los daños causados por el delito, previo al juicio. O al pago máximo de la multa correspondiente en el caso de juicio más la reparación de los daños.

Sin embargo, cabe destacar que, al disponer de una métrica (SMVM) que, a su vez, está sujeta a constantes y permanentes variaciones inflacionarias se dificultaría la correcta interpretación del tipo penal así como la persecución del delito p. ej., en cuanto a la aplicación de la ley penal más benigna.

Conforme al fallo “Vidal” de la CSJN autos: “Vidal, Matías Fernando Cristóbal y otros s/ infracción ley 24.769”, de fecha 28 de Octubre de 2021, (en línea con Cristalux” y “Palero), la Corte zanjó la discusión sobre el principio de la ley penal más benigna, estableciendo que este principio también debía ser aplicado en relación a la condición objetiva de punibilidad, apartándose de la postura de los tribunales inferiores que dictaminaron que la modificación de los valores dentro del tipo penal, respondía únicamente a razones de política criminal.

En Vidal la CSJN ratificó la efectiva vigencia del principio constitucional de la ley penal más benigna en la consideración del cambio legislativo operado a los “montos evadidos” con la ley 27430 y, en adición, desvirtuó las argumentaciones ensayadas en sentido contrario al precedente “Palero”. Aquella solución se puede extrapolar al delito en cuestión.

IV. Deber de informar del abogado: modificaciones de la Ley 25.246

Una de las modificaciones previstas por el legislador era la de sustituir el artículo 20 de la ley 25.246 y sus modificatorias.

Así, se proponía que estarían obligados a informar a la Unidad de Información Financiera (UIF), de conformidad con las normas que dicte dicho organismo, los siguientes sujetos:

Los abogados, únicamente, cuando a nombre y/o por cuenta de sus clientes, preparen o realicen transacciones sobre las siguientes actividades:

- a) Compra y/o venta de bienes inmuebles, cuando el monto involucrado sea superior a setecientos (700) salarios mínimos, vitales y móviles;
- b) Administración de bienes y/u otros activos cuando el monto involucrado sea superior a ciento cincuenta (150) salarios mínimos, vitales y móviles;
- c) Administración de cuentas bancarias, de ahorros y/o de valores cuando el monto involucrado sea superior a cincuenta (50) salarios mínimos, vitales y móviles;
- d) Organización de aportes o contribuciones para la creación, operación o administración de personas jurídicas u otras estructuras jurídicas;
- e) Creación, operación o administración de personas jurídicas u otras estructuras jurídicas, y la compra y venta de negocios jurídicos y/o sobre participaciones de personas jurídicas u otras estructuras jurídicas.

Se precisaba también que los abogados que actuaran como profesionales *independientes* no estarían obligados a reportar transacciones sospechosas si la información relevante se obtuviera en circunstancias en las que estos estuvieran sujetos al secreto profesional.

Se preveía sustituir el artículo 21 de la ley 25.246 y sus modificatorias. En relación a las *obligaciones* que se les impondría, se destacaban las siguientes:

- Recabar de sus clientes datos personales;
- Reportar a la UIF, sin demora alguna, todo hecho u operación, sean realizados/as o tentados/as, sobre los/las que se tenga *sospecha o motivos razonables para sospechar* que los bienes u otros activos *involucrados provienen o están vinculados con un ilícito penal* o están relacionados con la emancipación del terrorismo, o con la proliferación de armas de destrucción masiva, o que, habiéndose identificado pre-

viamente como inusuales, luego del análisis y evaluación realizados por el sujeto obligado, no permiten justificar la inusualidad;

- *Abstenerse de revelar al cliente* o a terceros las actuaciones que se estén realizando en cumplimiento de la presente ley;
- Obtener información y determinar el propósito y la naturaleza de la relación establecida con el cliente.
- Determinar el riesgo de lavado de activos, realizar una autoevaluación de tales riesgos e implementar medidas idóneas para su mitigación;
- Realizar una debida diligencia continua de la relación comercial, y establecer reglas de monitoreo que permitan examinar las transacciones realizadas durante todo el transcurso de la relación,
- Identificar a las personas humanas que ejercen funciones de administración y representación del cliente y a aquellas que posean facultades de disposición;
- Adoptar medidas específicas a efectos de mitigar el riesgo de lavado de activos;
- Contar con sistemas apropiados de gestión de riesgo para determinar si el cliente o el/los beneficiario/s formal/es es/son una persona expuesta políticamente;
- Determinar el origen y licitud de los fondos;
- Conservar información, por un periodo mínimo de diez (10) años.

Por su parte, el art. 24 preveía que los sujetos obligados, que incumplieran alguna de las obligaciones establecidas en la presente, previa sustanciación de un sumario administrativo, serían pasibles de las siguientes sanciones administrativas:

Apercibimiento.

Apercibimiento con la obligación de publicar la parte dispositiva de la resolución en el Boletín Oficial de la República Argentina.

Multa, de uno (1) a diez (10) veces el valor total de el/los bien/es u operación/es.

Multa, de entre quince (15) y dos mil quinientos (2.500) módulos (inicialmente 40.000 cada módulo) para el resto de los incumplimientos, por cada infracción.⁵

Inhabilitación de hasta cinco (5) años para ejercer funciones como oficial de cumplimiento.

En base a lo anterior, y como disparadores para el siguiente análisis, COCA VILA⁶ destaca lo siguiente:

- ▶ El abogado se encontraría, en los casos descriptos, en un eventual estado permanente e inexorable de conflicto de deberes (o de intereses).
- ▶ El abogado estaría obligado a informar de aquellas operaciones que pudieran ser “sospechosas” de lavado de activos pero, al mismo tiempo y en la medida en que a esa información se acceda en el ejercicio de su profesión, estaría obligado a no revelarla (art. 156 CP).
- ▶ Si lo anterior fuera correcto, *tertium non datur*. Es decir, haga lo que haga el abogado, contravendrá necesariamente un deber.⁷

⁵ Esto podría implicar la imposición de una multa mínima de 600.000 pesos hasta un máximo de 100.000.000 pesos.

⁶ COCA VILA, IVÓ, 2013, ps. 7 y 15.

⁷ Al respecto, la Sentencia del TEDH: asunto MICHAUD c. FRANCIA, Demanda n° 12323/11, ESTRASBURGO, del 6 diciembre 2012, precisó que el demandante se hallaba frente al siguiente *dilema*: O bien hacía lo que se le mandaba y renunciaba, con ello, a su concepción del principio de confidencialidad de los inter-

- ▶ Esto pondría al abogado en una situación especialmente delicada, pasando su actividad a estar presidida por la incertidumbre de saber qué deber es el preferente en cada caso, pero también al *cliente*, que tampoco podría saber ya a ciencia cierta qué información puede transmitir a su abogado sin temor a ser delatado por éste ante las autoridades públicas.

V. Evolución y contexto político criminal del delito de lavado de activos

Como refiere SILVA SÁNCHEZ, el delito en cuestión constituye una manifestación paradigmática del proceso de expansión del Derecho penal.⁸

Se considera que no puede soslayarse el contexto general de la economía mundial caracterizado en los últimos años por numerosos escándalos mundiales de fraude, corrupción y blanqueo de capitales tanto en Europa como en los Estados Unidos, y su conjunción con la crisis de las tesis puras de la autorregulación de la economía dominantes en los años noventa, críticas de toda intervención estatal en la economía, el cual ha provisto de un clima cultural adecuado para avanzar en la cuestión de la vida interna de las organizaciones empresariales.⁹

Dicha expansión es consecuencia de la existencia de múltiples objetivos, no siempre coincidentes entre sí: la protección del mercado financiero; la desarticulación de redes de criminalidad organizada; la creación de alternativas procesales para castigar el delito precedente, entre otros. Asimismo, actualmente es posible evidenciar el surgimiento de un nuevo ámbito de prevención de este delito, caracterizado por la proliferación de reglas autorregulación y por la creación de nuevos estándares en los programas de prevención y cumplimiento que afectan directamente la forma de organización del sistema financiero y de las profesiones implicadas en la prevención del blanqueo.¹⁰

Previo valorar lo relativo a la imposición de determinados deberes a los sujetos obligados, hay que destacar que aquellos se enmarcan en un contexto socio-político más amplio, característico del modelo del Estado regulador. Este modelo de gestión consiste en la delegación de tareas públicas a los particulares con la finalidad de disminuir los costes del Estado.¹¹

OLIVEIRA refiere que el contexto del Estado regulador presenta efectos sobre el Derecho penal. Una primera consecuencia es la relevancia de la autorregulación sectorial que, si fuera el caso, puede llegar a influir en la determinación de la responsabilidad por la infracción de reglas de cuidado. Así, los sistemas de *compliance* empresarial antiblanqueo concretan la relevancia de la autorregulación, especialmente en la atribución de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Una segunda consecuencia es la delegación de tareas de vigilancia a los sujetos obligados que tiende a crecer por medio de la creación de mecanismos de cooperación público privada en materia de prevención del delito.¹²

cambios entre el abogado y su cliente y del principio del secreto profesional; o bien se negaba a cumplir las normas en la materia y se exponía a una sanción disciplinaria, inclusive a una eventual inhabilitación. En opinión del Tribunal, la obligación de denunciar las sospechas equivalía a una injerencia continua en el disfrute por parte del demandante, en tanto que abogado, de los derechos garantizados por el Artículo 8, incluso si lo que resultaba afectado por la injerencia no era la esfera más íntima de su vida privada sino su derecho a que se respetaran sus intercambios profesionales con sus clientes. En similar sentido, COCA VILA, IVÓ, 2013, ps. 7 y 15.

⁸ SILVA SÁNCHEZ, JESÚS MARÍA, 2011, p. 131.

⁹ BERMEJO, MATEO G.; PALERMO, OMAR, 2013, p. 172.

¹⁰ OLIVEIRA, ANA CAROLINA CARLOS DE, 2020, p. 26.

¹¹ OLIVEIRA, ANA CAROLINA CARLOS DE, 2020, p.353.

¹² OLIVEIRA, ANA CAROLINA CARLOS DE, 2020, p.353.

Así, y dentro de las características principales de un Derecho penal regulador, se destacan p. ej., la incorporación de la lógica privada; la delegación de funciones preventivas tradicionalmente adscritas a la policía y a funcionarios públicos; la cooperación con los particulares en temas de investigación y acuerdos procesales y, sobre todo, el reconocimiento de las normas de autorregulación, en contextos empresariales, al momento de definir la existencia de conductas imprudentes y la responsabilidad penal de la persona jurídica. Como se afirma, esta realidad, sumada al otorgamiento de potestades normativas a los particulares, hace que ciertas infracciones de normas de autorregulación generen situaciones paradigmáticas para el Derecho penal, tanto en lo que tiene que ver con los efectos sobre la interpretación del contenido de la norma penal, como en los asuntos relativos a la determinación de la pena, e incluso en materia de construcción del concepto de culpabilidad de la persona jurídica. Este es el caso, a modo de ejemplo, de incumplimientos de normas incorporadas al marco regulador de la empresa.¹³

Dichos incumplimientos pueden generarse por varias vías: porque la empresa no ha adoptado ningún sistema de autorregulación; porque no ha respetado los marcos regulatorios; porque no ha colaborado con las agencias de supervisión (p. ej., UIF) o, inclusive, porque ha incumplido las disposiciones consagradas en su propio modelo de autorregulación (p. ej., actual imposición de deberes de información).¹⁴

Lo que esta nueva realidad supone es que los recursos penales sí podrán ser empleados de modo más flexible y con base en una lógica de cooperación,¹⁵ de dependencia técnica de sectores expertos, de la inclusión de los particulares en el desarrollo e implementación de las políticas criminales de prevención de delitos y, finalmente, de integración de estos mismos particulares en tareas que, hasta ahora, eran competencia exclusiva de la policía.¹⁶

En este contexto, se advierte una tendencia del Derecho penal a encuadrar en un modelo bidimensional de regulación. De un lado, el Derecho penal asume como punto de partida la regulación de la prevención de riesgos mediante una invitación a cooperar dirigi-

¹³ OLIVEIRA, ANA CAROLINA CARLOS DE, 2020, ps.207-208.

¹⁴ OLIVEIRA, ANA CAROLINA CARLOS DE, 2020, ps.207-208.

¹⁵ Aquí, también, hay que destacar el avance de las *public-private partnerships* que cuentan con un enorme potencial que, en los próximos años, cambiará de manera todavía más evidente el campo del Derecho penal económico: se trata de un ámbito jurídico que vive un acelerado proceso de expansión, especialmente como consecuencia de la necesidad de prevención de delitos transnacionales, tales como el lavado de activos. Dicha estrategia responde a un modelo de regulación del Estado (*responsive regulation*), que entiende que la cooperación con los particulares es igualmente más eficiente en los casos de reiteradas infracciones por parte de las empresas (*non-compliance*), y para auxiliar al Estado en la persecución de delitos más complejos o tecnológicos. Las experiencias en ese sentido se hallan más avanzadas en el Reino Unido y en Australia. En 2015, el Reino Unido inició el grupo conocido como *Joint Money Laundering Task-Force* (JMLIT). En esencia, el modelo JMLIT representa la implementación de una cooperación público-privada entre la Unidad de Inteligencia Financiera inglesa, los altos cargos de la policía (especializados en la investigación de la delincuencia económica) y los bancos, con la finalidad de recabar informaciones más precisas sobre la tipología de transacciones utilizadas en los esquemas de blanqueo de capitales. También se puede destacar en Australia, el proyecto creado en el año 2017, el *Fintel Alliance* y la Comisión europea ha publicado un “Plan de Acción” para la prevención del delito del lavado de activos, en el cual se prevé la ampliación de dichos mecanismos de cooperación a nivel europeo. En concreto, esta cooperación ya está en marcha formalmente en Holanda y entre la Europol y seleccionadas entidades financieras, e informalmente en varios estados miembros, incluso España. Además, están en marcha mecanismos semejantes de *public-private partnership* para hacer operativa la lucha contra el lavado de activos en Estados Unidos, Canadá, Hong Kong y Singapur, y en vías de consolidación en Alemania. OLIVEIRA, ANA CAROLINA CARLOS DE, 2020, ps. 221-224

¹⁶ OLIVEIRA, ANA CAROLINA CARLOS DE, 2020, ps. 210-211.

da a actores privados.¹⁷ De otro lado, define el sistema represivo de las conductas prohibidas. Así, el Derecho penal y el sistema de justicia criminal operan como guías que, simultáneamente, regulan las conductas de sus colaboradores y reprimen la desviación frente a estas regulaciones: son tutor y fiscal a la vez. Sin embargo, en esta dinámica, la sanción es entendida como un elemento más en el complejo entramado de la regulación de la actividad de las empresas.¹⁸

Esta reconfiguración importa más deberes de prevención (*delegación* específica del Estado) y más sujetos obligados. Por lo tanto, se advierte una clara tendencia a utilizar a los sujetos obligados como catalizadores de la actuación de los órganos públicos de investigación. Esta situación, a su vez y como consecuencia lógica, irradia mayores responsabilidades (por acción u omisión) en aquellos sujetos obligados, al *asumir* la posición de auxiliares de los funcionarios públicos en la identificación de estos delitos.

VI. Deberes de los distintos sujetos obligados ante la UIF y del abogado

En la actualidad, el sistema de prevención y responsabilidad penal del lavado de activos puede esquematizarse, sintéticamente, en los siguientes cinco puntos:

1. Sistema de justicia criminal (tipo penal).
2. Sanciones administrativas.
3. Deberes de diligencia debida (investigación y monitoreo por parte de los sujetos obligados en relación con la procedencia del capital de sus clientes (*know your client- and follow the money*));
4. Deberes de información sobre operaciones sospechosas.
5. Unidad de Inteligencia Financiera (UIF).

El sujeto obligado debe cumplir con una doble imposición. Por un lado, cumplir con el *deber general negativo* desde el punto de vista organizativo (principio *naminem laedere*), conforme la previsión del tipo penal de lavado de activos; y por el otro, cumplir con el *deber positivo especial de colaboración* de actuar como cuasi-funcionario o policía y representar los intereses del Estado relativos a la prevención de este delito.¹⁹

En relación a lo segundo, se comparte que su fundamento sería la de un deber positivo especial de naturaleza cuasi-institucional (policial) que deriva de la delegación especí-

¹⁷ Sin ir más lejos, y en los últimos años, la discusión jurídico-penal y, especialmente, la referida al derecho penal económico, ha estado dominada por el tema del *compliance* corporativo. Así, GARCÍA CAVERO, PERCY, 2019, p. 963. Se considera que el *compliance* se conecta con una cultura de cumplimiento normativo como expresión de la delegación a las empresas de las funciones de prevención de ilícitos propias del Estado. Y, por su parte, las empresas han ido asumiendo dicha delegación mediante la adopción de medidas de autoregulación (generalmente denominados programas de cumplimiento) que no sólo atañen a medidas de vigilancia sino también a medidas positivas como p. ej., formación, capacitación, actualización del programa. Estas medidas buscan, por un lado, neutralizar factores culturales o dinámicas favorecedoras de hechos ilícitos y, por otro lado, incentivar culturas de grupo de fidelidad al Derecho. SILVA SÁNCHEZ, JESÚS MARÍA, 2013, p. 100. Por su parte, BOCK, DENNIS, 2013, p. 107, se refiere al *compliance* como a la fidelidad al Derecho en lo que se refiere a mandatos y prohibiciones. Según una comprensión restrictiva del concepto, aludiría al deber de lograr una estructura de implementación tendente a garantizar esa fidelidad al Derecho. Y, en concreto, sostiene que se refiere a la evitación de riesgos de responsabilidad penal. Prittwitz se pregunta cómo impone el Estado la fidelidad a la norma en un subsistema específico de la sociedad; se trataría por tanto del potencial de la regulación mediante autoregulación o autoregulación regulada. PRITTWITZ, CORNELIUS, 2013, p. 211.

¹⁸ OLIVEIRA, ANA CAROLINA CARLOS DE, 2020, p. 211.

¹⁹ En esta línea, OLIVEIRA, ANA CAROLINA CARLOS DE, 2020, ps. 184-185. También, cfr. GOENA VIVES, 2019, ps. 19-20, al decir, “*Como se viene argumentando, el creciente número de supuestos en los que se promueve la comprensión del abogado como un «cuasi-funcionario» con deberes positivos especiales de colaboración pone en entredicho su deber/privilegio de confidencialidad*”

fica del Estado, para que los particulares —sujetos obligados— actúen proactivamente en favor del interés público en la prevención del delito y en el fomento de las funciones preventivas de la Administración de Justicia, y dichos deberes positivos sólo están previstos en las normas administrativas ya que no existe hasta la fecha un deber *penal* de denunciar las transacciones sospechosas de lavado de activos.²⁰

¿Por qué es importante indagar sobre los deberes de colaboración positivos? Porque, de este modo, a los sujetos obligados se les impone ser una suerte de colaboradores forzosos del Estado; deberes policiales como deberes penales de garante; eventual responsabilidad penal por omisión impropia (comisión por omisión); una posición de *gatekeepers* frente a la normativa de lavado de activos, con el objetivo de construir una barrera de contención a los lavadores y poner en marcha un *firewall* que debe ser actualizado en forma constante.²¹

Los riesgos²² de lo anterior, y más allá de la eventual responsabilidad penal por omisión al asimilar la mera infracción de deberes de colaboración a una posición de garante (fuente de deberes penales), son las consecuencias penales severas de la aplicación del delito (cfr. mínimo de la pena en Argentina) y administrativas; sumado a un ocasional mal funcionamiento o abuso de la UIF y su impacto en derechos fundamentales; a la expansión del *compliance* y, por lo tanto, la eventual responsabilidad penal de los *compliance officers* al asumir una determinada posición de garante y, en el ejercicio de la profesión de los abogados, la posible responsabilidad penal derivada de los arts. p. ej., 156 CP o 271 CP.

VII. Antecedentes de interés

Uno de los antecedentes de utilidad es la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (Gran Sala) en el caso de Colegios de abogados francófonos y germanófonos y otros contra el Consejo de Ministros, 26 de junio de 2007; C- 305/05). En el caso, se les había impuesto a los abogados la obligación de poner en conocimiento de las autoridades competentes cualquier transacción de la que ellos supiesen o sospechasen que estaba vinculada al blanqueo de capitales y, se argumentaba de su parte, que la normativa en cuestión vulneraba los principios de confidencialidad profesional y de independencia del abogado, los cuales constituían aspectos esenciales del derecho fundamental a un juicio justo y del derecho de defensa.

El TJUE llegó a la conclusión que la Directiva impugnada no violaba el derecho fundamental al secreto profesional protegido por el art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, y que se permitía la injerencia de las autoridades en el derecho al respeto de la vida personal y familiar cuando ello sea necesario en interés de la seguridad pública, la prevención del desorden o del crimen.²³

²⁰ OLIVEIRA, ANA CAROLINA CARLOS DE, 2020, ps. 226-227, 308 y 354.

²¹ OLIVEIRA, ANA CAROLINA CARLOS DE, 2020, ps. 83-84, 267, 346-349.

²² OLIVEIRA, ANA CAROLINA CARLOS DE, 2020, ps. 47 y ss.

²³ Por su parte, en la Sentencia ASUNTO MICHAUD c. FRANCIA, *Demanda no 12323/11*, ESTRASBURGO 6 diciembre 2012, el TEDH precisó lo siguiente en relación a este fallo: el Tribunal de Justicia examinó la compatibilidad de la obligación de los abogados de notificar las sospechas sólo con respecto a las exigencias derivadas del derecho a un juicio justo, en el sentido del artículo 6 del Convenio. Al proceder de esta manera, se pronunció únicamente sobre los derechos del cliente del abogado. La cuestión es distinta, sin embargo, cuando se enfoca desde el ángulo del artículo 8 del Convenio: aquí el problema no son sólo los derechos del cliente del abogado en virtud de esta disposición, sino también los derechos del propio abogado, como demuestran las sentencias Kopp contra Suiza (25 de marzo de 1998, Informes 1998 - II), André, citado anteriormente, y Wieser y Bicos Beteiligungen GmbH contra Austria (núm. 74336/01, ECHR 2007 - IV), las

Y, ya en el año 2012, la Sentencia del TEDH: asunto MICHAUD c. FRANCIA, Demanda n° 12323/11, ESTRASBURGO, del 6 diciembre 2012.²⁴ Aquí, en síntesis, se discutió sobre la obligación impuesta²⁵ a los abogados de denunciar las sospechas en el ejercicio de su profesión y si ello constituía una injerencia en el derecho de estos profesionales al respeto de su correspondencia. También, si esta obligación constituía una intromisión en su derecho al respeto de su vida privada, una noción que incluye actividades de naturaleza profesional o comercial.²⁶ En particular, y a los fines de resolver acerca de la justificación de la injerencia, el Tribunal trató de responder las siguientes preguntas: ¿Estaba la injerencia prevista por la ley?²⁷ ¿Perseguía la injerencia un objetivo legítimo?²⁸ ¿Era la injerencia necesaria?

A la luz de las consideraciones del fallo, el Tribunal consideró que, teniendo en cuenta el objetivo legítimo perseguido y la particular importancia que reviste tal objetivo en una sociedad democrática, la obligación impuesta a los abogados de notificar las sospechas, tal y como se practicaba en Francia, no constituía una injerencia desproporcionada en el secreto profesional de los abogados. No hubo, por ello, violación del artículo 8 del Convenio.

Los principales argumentos del TEDH giraron en torno a lo siguiente.

cuales se refieren, respectivamente, a las escuchas telefónicas, el registro del despacho de un abogado en el contexto de un procedimiento dirigido contra una empresa cliente y la incautación de datos del ordenador. El Tribunal está por ello obligado a determinar si la injerencia era necesaria a los efectos del artículo 8 del Convenio.

²⁴ El caso tiene su origen en una demanda (núm. 12323/11) dirigida contra la República Francesa, presentada ante el Tribunal con fecha de 19 de enero de 2011, por un ciudadano francés, el señor Patrick Michaud ("el demandante"), en virtud del artículo 34 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales ("el Convenio"). El 8 de diciembre de 2011, la demanda fue comunicada al Gobierno. Tanto el demandante como el Gobierno presentaron sendas memorias sobre la admisibilidad y el fondo de la demanda. El Consejo de la Abogacía Europea ("CCBE"), el Colegio de Abogados Francófono de Bruselas y el Instituto de Derechos Humanos del Colegio Europeo de Abogados fueron autorizados a presentar escritos de alegaciones (artículos 36.2 del Convenio, y artículos 44. 3 del Reglamento del Tribunal). Para un resumen de los antecedentes cfr. Coca Vila, Ivó, 2013.

²⁵ El 12 de julio de 2007 el Consejo Nacional de la Abogacía tomó una decisión mediante la cual se adoptaban normas sobre procedimientos internos para cumplir con la obligación de combatir el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo, y un mecanismo de supervisión interno para garantizar el cumplimiento de tales procedimientos (publicado en el Boletín Oficial del 9 de agosto de 2007). El artículo 1 de la decisión mencionada anteriormente había establecido que "todos los abogados miembros de un Colegio de Abogados francés" estaban obligados por estas normas de su profesión cuando, en el curso de su actividad profesional, participaran para y en nombre de su cliente en cualquier transacción financiera o inmobiliaria o asistieran a su cliente en la preparación o ejecución de transacciones relativas a: (1) la compraventa de inmuebles o de fondos de comercio; (2) la gestión de fondos, valores u otros activos pertenecientes al cliente; (3) la apertura de cuentas corrientes, cuentas de ahorro o cuentas de valores; (4) la organización de las aportaciones requeridas para la creación de sociedades; (5) la formación, administración y gestión de sociedades; (6) la formación, administración o gestión de fideicomisos regulados por un sistema legal extranjero, o de cualquier otra estructura similar. No se encontrarían obligados por estas reglas cuando actuaran como asesores jurídicos o en el marco de un procedimiento judicial en el contexto de una o más de las actividades mencionadas anteriormente (art. 2).

²⁶ En concreto, el Tribunal se planteó lo siguiente. La cuestión que debe, por tanto, dirimir este Tribunal es la de saber si la obligación impuesta a los abogados de notificar sus sospechas equivale, tal y como se ha puesto en práctica en Francia y teniendo en cuenta el objetivo legítimo perseguido, a una injerencia desproporcionada en el secreto profesional.

²⁷ En base a sus argumentos, el Tribunal concluyó que la injerencia estaba "prevista por la ley" en el sentido del artículo 8, párrafo 2 del Convenio.

²⁸ El Tribunal concluye que no tiene dudas de que, en su intento de combatir el blanqueo de capitales y los delitos conexos, la injerencia perseguía uno de los objetivos legítimos establecidos en el párrafo segundo del artículo 8, específicamente la prevención del desorden y el crimen.

El secreto profesional no es absoluto.²⁹ El tribunal considera que es proporcional la medida con las limitaciones impuestas y con la intervención del Colegio de Abogados (o similares).

Así, y dentro de las limitaciones, la obligación de notificar las sospechas sólo afecta a tareas desempeñadas por abogados que son similares a aquellas realizadas por las otras profesiones sometidas a la misma obligación, y no afecta a la función que llevan a cabo en tanto que defensores de sus clientes. En consecuencia, la obligación no incide en la auténtica esencia de la función defensora del abogado la cual constituye la base del secreto profesional. Y, como complemento, sostiene que el papel del Presidente del Colegio de abogados (o similares) constituye una garantía cuando se trata de la protección del secreto profesional.³⁰

VIII. Análisis personal

Consideramos que podría darse un análisis distinto del caso en relación a la supuesta legitimación de la injerencia en el ámbito de los abogados. Así, se podría establecer otra selección de los posibles intereses en conflicto; otro peso o valor de los mismos, sumado a otra ponderación de dichos intereses, lo que puede llevarnos a conclusiones diferentes.

Por lo tanto, y siempre atendiendo a las circunstancias del caso, la *selección* de los posibles intereses en conflicto; el peso o valor de los mismos y cuál de ellos sería el preponderante, es la tarea más importante a realizar. Sólo desde el momento en que se adopte la misma perspectiva de análisis y selección de intereses en pugna se podría efectuar una correcta ponderación de aquellos a los fines de acoger la decisión más equitativa sobre el fondo de la cuestión.

²⁹ El Tribunal refiere que es cierto que el secreto profesional es de gran importancia para el abogado, para su cliente y para la administración de justicia, Es, sin duda, uno de los principios fundamentales en los que se basa la administración de justicia en una sociedad democrática. No es, sin embargo, inviolable, y el Tribunal ya ha declarado que quizás deba ceder, por ejemplo, ante el derecho del abogado a la libertad de expresión (Mor contra Francia, n° 28198/09, 15 de diciembre del 2011). Y su importancia debe ser también ponderada con la que los Estados miembros otorgan al combate contra el blanqueo de los productos del crimen.

³⁰ Para el Tribunal, el segundo factor de legitimación es que la legislación ha introducido un filtro que protege el secreto profesional: los abogados no transmiten los informes directamente a Tracfin sino, según proceda, al Presidente del Consejo del Colegio de Abogados ante el Consejo de Estado y el Tribunal de Casación o al presidente del Colegio de Abogados del cual sea colegiado el abogado en cuestión. Puede considerarse que en esta fase, cuando un abogado comparte información con un compañero de profesión, sometido a las mismas normas de conducta sino también elegido por sus compañeros para defenderlas, que el secreto profesional no ha sido violado. Para COCA VILA la previsión del Derecho francés de un órgano autorregulador propio de la profesión jurídica, que actúa a modo de filtro entre los letrados y la UIF, resulta decisiva para admitir la legitimidad de la intromisión en el derecho a la privacidad que el deber de comunicar las operaciones sospechas puede suponer. COCA VILA, IVO, 2013, p. 23 Para GOENA VIVES, los Colegios de Abogados podrían desempeñar un papel fundamental. Tanto para canalizar denuncias como para asesorar sobre aquellos supuestos en los que el abogado interno se mueve en la «zona gris» del asesoramiento jurídico. Considera una pauta muy útil y recomendable que podrían incluir los programas de *compliance* es la de prever procesos de información en los que se aluda expresamente a la posibilidad/conveniencia de acudir a los colegios profesionales de abogados en los casos que puedan presentar una aparente contradicción entre los deberes/derechos del abogado *in-house* y las obligaciones de la empresa en materia de *compliance*. Por un lado, para solicitar autorización en casos en los que el abogado entienda que aportar información podría vulnerar su secreto profesional. Y, por otro lado, para solicitar que el Colegio de abogados correspondiente organice y promueva iniciativas y actividades de carácter asistencial y/o formativo, en el marco de lo permitido en sus estatutos. Y, agrega, máxime cuando son cada vez más los colegios de abogados de nuestro país que cuentan con una comisión específica de *compliance*, integrada por abogados con un profundo conocimiento de la materia. GOENA VIVES, BEATRIZ, 2019, ps. 19 y 20.

Por ello, y una vez determinados y seleccionados los posibles intereses en conflicto, y en base a la teoría del *balancing test*, correspondería indagar cuál de todos ellos sería el interés preponderante a los fines de solucionar el caso.

En esta línea, los propios instrumentos internacionales y tribunales europeos le otorgan un *refuerzo o plus a la protección* de la intimidad en relación a las comunicaciones mantenidas entre cliente/abogado y se resalta el papel fundamental del abogado en una sociedad democrática y en la confianza pública.

Así, sería posible ponderar las garantías constitucionales de la dignidad humana,³¹ vida privada, intimidad,³² y la vigencia del secreto profesional -o su punición en caso de incumplimiento por vía del art. 156 C.P.-,³³ el derecho a un juicio justo que incluye la garantía constitucional del *nemo tenetur*, el principio republicano de gobierno, la falta de peligro para terceros ni la existencia de un proceso lesivo grave en curso que fuese necesario detener para evitar daños a la vida o a la integridad física de terceros, la tutela judicial efectiva³⁴ e inseguridad jurídica vs. el deber del Estado de prevenir la comisión de delitos (eventualmente perseguir y sancionarlos).

Está claro que algunas de las primeras garantías se conectan con los derechos del abogado en cuanto profesional del Derecho, algunas con el cliente y otras con el sistema de Administración de Justicia.

Deviene entonces necesario discernir si, en el caso, podría predominar el derecho a la intimidad, y *el resto de intereses mencionados previamente*, o si hay un interés superior que los limitara.

De la respuesta a tal interrogante dependerá p. ej., si, en el caso, la noticia dada por el abogado implicaría alguna violación de los derechos de intimidad del abogado y también del cliente (posteriormente investigado o imputado) y, por lo tanto, si el proceso que se inicia en su contra tiene su origen en un acto jurídicamente nulo que convierte a todo el proceso en ilegítimo o si, contrariamente, se trató de una conducta ajustada a Derecho.

Es decir, se debe determinar si corresponde o no que el Estado imponga un deber positivo especial de colaboración al abogado; y en su caso, bajo qué condiciones o límites. O, en caso negativo, cuáles podrían ser las consecuencias procesales p. ej., derivadas de la nulidad absoluta del proceso.

³¹ El secreto jurídico es también un deber deontológico. Y tiende a asegurar la intimidad relativa a un ámbito privado del cliente como es la información sobre un problema jurídico determinado -ya sea a modo de consulta-asesoramiento; intervención extrajudicial -p. ej., acuerdo conciliatorio- o una defensa concreta en sede judicial-. Por lo tanto, consideramos que el carácter privadísimo de esa información y la sensibilidad de su revelación convierten a este ámbito de la intimidad en constitutivo de la dignidad humana. En similar sentido, pero respecto al *secreto médico*, la C.S.J.N., B. 436. XL, 20/4/2010, «Recurso de hecho deducido por César Alejandro Baldivieso en la causa Baldivieso César Alejandro s/ causa n° 4733».

³² El derecho a la intimidad está consagrado en el artículo 19 de la Constitución Nacional, tiene cobertura también por el art. 18 de la C.N., art. 75 inc. 22 C.N., en el Pacto de San José de Costa Rica, art. 11, inc. 2; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas, en su art. 17; en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en su art. 12 y en la Declaración Americana de los Derechos del Hombre en su art. 5.

³³ Con respecto al secreto profesional y el deber de confidencialidad, sabemos que el CP sanciona en el art. 156 el delito de violación de secreto. Impone un deber jurídico penal de reserva del secreto profesional más allá de las propias sanciones administrativas y disciplinarias a las que se exponen los abogados incluso a la posibilidad de perder la matrícula profesional, en caso de no cumplir con los deberes que se les podría imponer. SOLER consideraba que pocos temas son objeto de interpretación tan vaga y contradictoria entre nosotros como el que se refiere a la violación de secreto profesional. Soler, Sebastián, 1983, p. 117.

³⁴ GOENA VIVES, BEATRIZ, 2019, ps. 4-5 destaca el derecho a la tutela judicial efectiva, ya sea en su dimensión de garantía del derecho de defensa (relación horizontal abogado-cliente), como en su vertiente de garantía jurisdiccional (relación vertical abogado-Estado).

Entre otros, los siguientes argumentos, permiten superar el interés social en la eventual prevención de un delito.

En cualquiera de sus fundamentaciones (la deontológica, en el sentido de un derecho en sí mismo que hay que proteger, o la utilitaria, la protección de la privacidad para promover el rol esencial que cumple el abogado en un Estado democrático de Derecho), el derecho a la intimidad/confidencialidad es un valor supremo conforme la CN y la normativa internacional, y claramente personalista.

Lo anterior, impone que cualquier norma *infra* constitucional sea interpretada y aplicada al caso con el entendimiento señalado por ese marco general.

El principio republicano de gobierno impide que el Estado persiga delitos valiéndose de medios inmorales, como sería aprovecharse del inminente peligro que pesa sobre el cliente que, en confianza y bajo el deber de confidencialidad, acude a la consulta jurídica, y es el propio Estado, mediante la imposición de un deber positivo especial de colaboración cuasi-policial, exige —luego— al abogado que releve toda la información del cliente y lo “siga”, convirtiéndose paradójicamente en un agente encubierto de la persecución penal del Estado y, en simultáneo, “abogado” de su cliente.

En aquél momento, no hay ningún otro interés en juego de tal magnitud, pues, en general, no hay peligro alguno ni ningún proceso lesivo grave en curso que fuese necesario detener para evitar daños a p. ej., bienes jurídicos personales (vida, integridad psicofísica). Tan sólo una eventual “sospecha” de una potencial afectación a un bien jurídico colectivo y de difícil afectación por la conducta concreta en cuestión.

Ahora bien, y más allá del propio cuerpo (salud), es difícil concebir otro ámbito más *privado* que la información brindada a un abogado sobre situaciones jurídicas personales. Esto es absolutamente obvio cuando de defensas judiciales se trata, sea el fuero que sea, más allá de la mayor gravedad y riesgo que trae aparejado este análisis desde la perspectiva del Derecho penal.

Además, la confidencialidad del ejercicio profesional del abogado encuentra también su fundamento en tres valores esenciales: la confianza, la independencia y la lealtad. Acaso, ¿el abogado no sería desleal con su cliente si se le impone el deber de mentir, engañar y/o ocultar a su cliente que le hará un seguimiento y que debe reportar a la UIF? De existir un deber positivo de informar, ¿no cabe un conflicto de intereses entre abogado (agente del Estado y delator) y cliente? Por parte del cliente, ¿no habría una eventual auto-incriminación a través de su representante o gestor de “confianza”?

Está claro que el ámbito que pretende regular el Estado, al imponer deberes positivos al abogado, se trata de un sector altamente regulado por aquél y con cada vez más controles por parte de las distintas autoridades públicas (p. ej., IGJ, IPJ, Bancos privados, AFIP, BCRA, CNV). Es decir, hay una superposición de controles férreos por parte del Estado, y difícilmente debería pasar desapercibida una actuación en el contexto pretendido, *máxime* con el avance de la tecnología y la permanente digitalización de la Administración Pública, quienes también tienen deberes positivos especiales de colaboración. Así, la injerencia resultaría desproporcionada en la medida en la que existen modos alternativos de prevenir el lavado de activos ya instaurados y menos lesivos contra los derechos del abogado y su cliente.

No menos importante destacar que dicho ámbito de actuación del abogado se trata de una conducta adecuada socialmente y neutral.³⁵ Por lo tanto, dentro del alcance y no-

³⁵ COCA VILA destaca que un problema distinto, pero igualmente relevante, es el de cómo determinar los límites de la neutralidad en la actuación del abogado que contribuye causalmente a la realización de un delito

del alcance y noción de riesgo penalmente permitido.

Si bien hay una evidente expansión legislativa a imponer este tipo de deberes especiales positivos de colaboración a los abogados, habría países que siguen otra lógica más protectora del secreto profesional. P. ej., algunos países de la Unión Europea (Italia, Estonia, Bélgica, Holanda e Irlanda) y que en Canadá y los Estados Unidos los abogados no estarían sometidos a tales obligaciones de denunciar transacciones u operaciones sospechas.³⁶

El secreto profesional si bien se nutre, como fundamento máximo, de la garantía de tutela judicial efectiva y del derecho de defensa, no sólo se funda –como se explicó– en dichos principios sino que reconoce intereses aún más profundos que aquellos. Caso contrario, no existiría el secreto médico, periodístico o religioso que no se conectan directamente con la tutela judicial efectiva.

Asimismo, corresponde en un Estado democrático de Derecho y por imperio del principio *pro homine* de raigambre constitucional, estarse a lo más beneficioso para la relación cliente/abogado.

Cabe agregar que la confidencialidad entre abogado y cliente es indivisible ya que no hay ninguna ley (ni deontológica ni jurídica) reguladora de la profesión jurídica que límite o deslinde entre las actividades de defensa como las de consejo o asesoramiento jurídico o gestión jurídica.³⁷

Precisamente, si los constituyentes encontraron serios motivos para prodigar protección contra las injerencias del gobierno a la intimidad que está resguardada en un sobre (al domicilio, la correspondencia epistolar y los papeles privados, según reza la CN),³⁸ esto es, un ámbito cuya proximidad a la persona es relativamente menor, más fundamento habría para entender que esa protección alcanza a la información brindada al abogado, especialmente cuando la misma puede incluso afectar el propio cuerpo de la persona (p. ej., privación de la libertad, honor, patrimonio, e incluso producir problemas de salud derivados de la situación de estrés).

Consideramos que la consulta del cliente con un abogado (caso de mínimos) o la defensa judicial de sus intereses (caso de máximos), no tiene la relevancia ni la magnitud para constituir una medida estrictamente necesaria para salvaguardar las instituciones democráticas, la seguridad nacional, la defensa del orden público ni, incluso, la prevención del delito en contraposición a intereses de mayor raigambre constitucional.

Por lo tanto, no sería proporcional imponer al abogado un deber especial positivo de colaboración con la UIF en ninguna de sus variables. Cualquier divulgación de informa-

de blanqueo de capitales, esto es, cuándo el abogado que no actúa como tal rebasa con su contribución causal al delito los límites del riesgo permitido, infringiendo con ello un deber negativo. No se trata entonces de decidir si el abogado está obligado o no a colaborar con la administración, sino de valorar el carácter neutral o delictivo de contribuciones causales al delito que protagoniza aquél que recurre a sus servicios profesionales, si se quiere, de determinar el alcance de la posición de garantía del abogado en relación con las actividades de blanqueo de capitales llevadas a cabo por su cliente. COCA VILA, IVÓ, 2013, p. 25

³⁶ Alegado por el Centro de Derechos Humanos del Colegio Europeo de Abogados ("IDHAE") y el demandante en el caso MICHAUD c. FRANCIA, *Demanda no 12323/11*, SENTENCIA TEDH ESTRASBURGO 6 diciembre 2012.

³⁷ Es difícil negar que la creación de una persona jurídica, conducta neutral y socialmente adecuada al rol de un abogado, no se conecta en forma directa con el conocimiento de la ley de sociedades, con normas de propiedad intelectual, incluso en casos de secreto industrial, laboral, fiscal, y con el tipo de sociedad que se sugiere conforme las necesidades y uso de la empresa y cuál es la proyección del negocio p.ej., la gestión de contratos de franquicia y la organización de los instrumentos jurídicos para determinar los derechos, obligaciones y contratos entre franquiciante y franquiciados.

³⁸ Por ello, como es sabido y por tratarse de un ámbito altamente protegido, se exige para poder quebrar dicha protección la correspondiente autorización judicial y el cumplimiento de estrictos requisitos.

ción por parte del abogado a la UIF sería un acto realizado en contra de la intimidad - privacidad del cliente, confidencialidad cliente/abogado, auto incriminándose el cliente frente a su propio abogado. Lo cual llevaría a dos conclusiones.

La primera, toda investigación penal que se hubiera iniciado sobre la base de la información abusivamente aportada por un abogado podría acarrear la nulidad absoluta de todo el sumario o, cuando menos, de todo lo conectado con dicha prueba ilegal. La segunda, la eventual denuncia y responsabilidad penal del abogado por no cumplir el deber de reserva y proteger el secreto profesional a tenor del art. 156 CP o, eventualmente, el art. 271 CP.

La idea de un proceso judicial justo y legítimo solo puede funcionar si quien, se encuentra con dudas jurídicas o es sospechado o acusado de un delito, tiene a su favor ciertas garantías básicas como p. ej., la protección de la confidencialidad en base a una comunicación libre y privada entre las partes y a no auto incriminarse con el riesgo que, luego, el abogado minutos después sea el informante de la UIF. Estos son requisitos fundamentales para garantizar y perfeccionar el ejercicio del derecho a la libre comunicación entre abogado/cliente, la tarea del abogado y los derechos y garantías del cliente.

En esta línea de pensamiento, consideramos que la injerencia general y abstracta en la comunicación entre cliente/abogado resultaría arbitraria en los términos del artículo 11.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, del art. 8 Convenio Europeo de Derechos Humanos, art. 14 del PIDCP; al art. 18, 19 y 75 inc. 22 de la Constitución Nacional.

IX. Bibliografía

- BERMEJO, Mateo G.; PALERMO, Omar, “La intervención delictiva del compliance officer”, en *Compliance y teoría del Derecho penal*, Directores: Kulhen, Lothar; Montiel, Juan Pablo y Ortiz de Urbina Gimeno, Íñigo, Marcial Pons, Madrid, 2013,
- BOCK, Dennis, “Compliance y deberes de vigilancia en la empresa”, en *Compliance y teoría del Derecho penal*, Directores: Kulhen, Lothar; Montiel, Juan Pablo y Ortiz de Urbina Gimeno, Íñigo, Marcial Pons, Madrid, 2013,
- COCA VILA, Ivó, “El abogado frente al blanqueo de capitales ¿Entre Escila y Caribdis? Comentario a la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 6 de diciembre de 2012 (TEDH 12323/11) Caso Michaud contra Francia” en *Indret* 4/2013, octubre del 2013
- GARCÍA CAVERO, Percy, “La posición del garantía del oficial de cumplimiento”, en *Derecho Penal y Persona* (Libro homenaje al Prof. Dr. H.C.Mult. Jesús María Silva Sánchez), Coordinadores: García Caveró, Percy; Chinguel Rivera, Alejandro Ignacio, Ideas Solución Editorial, Lima, 2019,
- GOENA VIVES, Beatriz. “El secreto profesional del abogado in-house en la encrucijada: tendencias y retos en la era del compliance”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, ARTÍCULOS ISSN 1695-0194 RECPC 21-19 (2019)
- OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de, *Los deberes de colaboración en el Blanqueo de Capitales. Contexto normativo, fundamentos y límites*, Tesis doctoral Universidad Pompeu Fabra presentada el año 2020, disponible *on line* en <https://tesisenred.net/bitstream/handle/10803/671512/tacco.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- PRITTWITZ, Cornelius, “La posición jurídica (en especial, posición de garante) de los compliance officers”, en *Compliance y teoría del Derecho penal*, Directores: Kulhen,

- Lothar; Montiel, Juan Pablo y Ortiz de Urbina Gimeno, Íñigo, Marcial Pons, Madrid, 2013,
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, "Expansión del derecho penal y blanqueo de capitales", en ABEL SOUTO/SÁNCHEZ STEWART (eds.), *II Congreso sobre prevención y represión del blanqueo de dinero*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011,
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, "Deberes de vigilancia y compliance empresarial" en *Compliance y teoría del Derecho penal*, Directores: Kulhen, Lothar; Montiel, Juan Pablo y Ortiz de Urbina Gimeno, Íñigo, Marcial Pons, Madrid, 2013,
- SOLER, Sebastián, *Derecho Penal Argentino*, T. IV, Tea, Buenos Aires, 1983, p. 117.

Requisitos de la legítima defensa en contextos de violencia de género en modalidad doméstica

Requirements of self-defense in contexts of domestic gender violence

Por: SOFÍA DÍAZ PUCHETA

RESUMEN: En este artículo se indagan los argumentos expuestos en la jurisprudencia argentina para reconocer el derecho de legítima defensa en casos de violencia doméstica de género, cuando faltan elementos como el peligro inminente y la razonabilidad del medio empleado. A su vez, se proponen nuevos argumentos para admitirla, basados en un análisis sistemático de esta causa de justificación y de analogía *in bonam partem*.

PALABRAS CLAVES: Legítima defensa. Violencia de género. Violencia doméstica. Peligro inminente. Razonabilidad del medio empleado.

ABSTRACT: This article analyzes the arguments presented in Argentine jurisprudence to recognize the right of self-defense in cases of domestic gender violence, when elements such as imminent danger and the reasonable force used are missing. At the same time, new arguments are proposed to admit it, based on a systematic analysis of this justification and analogy *in bonam partem*.

KEYWORDS: Self defense. Gender violence. Domestic violence. Imminent danger. Reasonable force used.

Requisitos de la legítima defensa en contextos de violencia de género en modalidad doméstica

La legítima defensa, como bien sabemos, es una causa de justificación que opera ante una conducta que, si bien reúne requisitos de tipicidad por ser antinormativa, es permitida por la ley mediante un precepto permisivo que excluye la antijuridicidad y, por ende, el injusto en sí; fundándose dicha permisión en un particular estado de necesidad de los bienes jurídicos agredidos.

Ha sido definida por Jiménez de Asúa (1956, p. 27) como una causa de justificación que implica una “*reacción necesaria contra una agresión injusta, actual y no provocada*”, a lo que Soler (1970, p. 344) agrega que es necesaria “*para apartar de uno mismo o de otro*” esa agresión que consiste en la lesión de un bien jurídico protegido.

Así, esta excepción es receptada por nuestro ordenamiento jurídico en el artículo 34 incisos 6 y 7 del Código Penal, donde se establece que no es punible “*el que obrare en defensa propia o de sus derechos*”, en la medida en que se den las siguientes condiciones: “*a) Agresión ilegítima; b) Necesidad racional del medio empleado para impedirla o repelelra; y c) Falta de provocación suficiente por parte del que se defiende*”. Estableciendo en el inciso (en adelante inc.) 6 últimos 2 párrafos que en caso de que se rechace “*el escalamiento o fractura de los cercados, paredes o entradas de su casa, o departamento habitado o de sus dependencias*”, ó se “*encontrare a un extraño dentro de su hogar, siempre que haya resistencia*”, lo que se conoce como legítima defensa privilegiada, no se exige proporcionalidad ya que se justifica la conducta “*sin importar el daño causado*”. A su vez, en el inc. 7 se establece que en caso de defensa de terceros no se exige la falta de provocación del agredido (en la medida en que el defensor no sea parte de la agresión).

Es común hallar en las Fiscalías y Tribunales casos de violencia familiar y de género en los cuales una mujer es imputada como agresora de su pareja en un contexto signado por la violencia de este último hacia ella; casos en los que se plantea que la mujer actuó en legítima defensa pese a no observarse una agresión inmediata o una respuesta proporcional a la agresión. En virtud de casos como el mencionado, de legítima defensa en situaciones sin confrontación inmediata a simple vista, se plantean algunos interrogantes: 1) ¿pueden justificarse agresiones preventivas que no repelen un ataque inmediato?; 2) en caso positivo, ¿cómo se aplica el criterio de proporcionalidad del medio empleado en ese caso?

Para responderlos, primero haré una breve síntesis de la jurisprudencia que en primera medida hizo lugar a esta excepción en contextos de violencia de género de tipo doméstica, luego realizaré una interpretación de la dogmática en legítima defensa en casos de contexto de violencia de género y finalmente incluiré algunas consideraciones personales.

I. El contexto de violencia de género en modalidad doméstica

En primer lugar, cabe establecer que por violencia de género o contra la mujer (en cuyo contexto se suscitan las situaciones que generan el debate que motiva la presente) se entiende la violencia estructural que sufren las mujeres por el hecho de ser tales, en función del rol inferior que se les ha asignado socialmente en forma generalizada y que ha sido aceptado y naturalizado culturalmente por la sociedad patriarcal. Para combatirla, se sancionó la “*Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer*” (más conocida como la “Convención de Belém Do Pará”, aprobada por Ley 24.632), que a nivel nacional se plasma en la Ley 26.485. Este instrumento prohíbe todo tipo de violencia contra la mujer y procura proteger el derecho de las mujeres a una vida libre de agresiones y de violencia de todos los tipos, tanto en la esfera pública como en el ámbito familiar, entendiendo por violencia contra la mujer: “*cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado*” (art. 1).

Así, cuando hablamos del “*contexto de violencia de género*” en particular, hacemos referencia a un ámbito específico de subordinación y sometimiento de la mujer por el varón, basada en una relación desigual de poder. El decreto reglamentario N° 1011/10 de la ley 26.485 (Ley de Protección Integral para prevenir, sancionar y erradicar la Violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales), establece que: “*se entiende por relación desigual de poder, la que se configura por prácticas socioculturales históricas basadas en la idea de la inferioridad de las mujeres o la superioridad de los varones, o en conductas estereotipadas de hombres y mujeres, que limitan total o parcialmente el reconocimiento o goce de los derechos de éstas, en cualquier ámbito en que desarrollen sus relaciones interpersonales*”.

Dentro de las **modalidades** que puede cobrar la violencia de género, una de las más extendidas es la violencia doméstica, la cual consiste en “*aquella ejercida contra mujeres por un integrante del grupo familiar, independientemente del espacio físico donde ésta ocurra...*” (art 6 inc. a), entendiendo como grupo familiar el originado en el parentesco por consanguinidad o por afinidad, el matrimonio y uniones de hecho (parejas o noviazgos), estas últimas ya sea que estén vigentes o finalizadas y con o sin convivencia.

Como bien se ha establecido en la ley nacional N° 26.485 (art. 5) y en su par provincial N° 9.283 (art. 5), así como también en diversos fallos del Superior Tribunal¹, dicha

¹ “Lizarralde”, S. n° 56, 9/3/2017, TSJ Cba; “Charras”, S. n° 266, 3/07/2018, TSJ Cba., entre otros.

violencia puede manifestarse de diversas formas: a- **física** -que se emplea contra el cuerpo de la mujer produciendo dolor, daño o riesgo de producirlo y cualquier otra forma de maltrato agresión que afecte su integridad física; b- **psicológica** -que causa daño emocional y disminución de la autoestima o perjudica y perturba el pleno desarrollo personal o que busca degradar o controlar sus acciones, comportamientos, creencias y decisiones, mediante amenaza, acoso, hostigamiento, restricción, humillación, deshonra, descrédito, manipulación aislamiento. Incluye también, la culpabilización, vigilancia constante, exigencia de obediencia sumisión, coerción verbal, persecución, insulto, indiferencia, abandono, celos excesivos, chantaje, ridiculización, explotación y limitación del derecho de circulación o cualquier otro medio que cause perjuicio a su salud psicológica y a la autodeterminación; c- **sexual** - cualquier acción que implique la vulneración en todas sus formas, con o sin acceso genital, del derecho de la mujer de decidir voluntariamente acerca de su vida sexual o reproductiva a través de amenazas, coerción, uso de la fuerza o intimidación, incluyendo la violación dentro del matrimonio o de otras relaciones vinculares o de parentesco, exista o no convivencia, así como la prostitución forzada, explotación, esclavitud, acoso, abuso sexual y trata de mujeres; d-, **económica**, que se dirige a ocasionar un menoscabo en los recursos económicos o patrimoniales de la mujer, a través de la perturbación de la posesión/tenencia/propiedad de sus bienes, la pérdida/sustracción/destrucción/retención/distracción indebida de objetos-instrumentos de trabajo-documentos personales-bienes-valores y derechos patrimoniales, la limitación de los recursos económicos destinados a satisfacer sus necesidades o privación de los medios indispensables para vivir una vida digna, la limitación o control de sus ingresos (así como la percepción de un salario menor por igual tarea, dentro de un mismo lugar de trabajo). A su vez, en la ley nacional se agrega la modalidad **simbólica**, siendo aquella que “a través de patrones estereotipados, mensajes, valores, íconos o signos transmita y reproduzca dominación, desigualdad y discriminación en las relaciones sociales, lo que naturaliza la subordinación de la mujer en la sociedad”.

En virtud de ello, la jurisprudencia de la provincia de Córdoba ha establecido ciertas condiciones que permiten considerar que en un determinado caso existe contexto de violencia de género (lo cual acarrea una serie de consecuencias negativas para el imputado²). Por un lado, es característico que el varón de la pareja “de manera más o menos consciente, tiene una concepción de las relaciones entre hombre y mujer en la que concibe a esta última como a un sujeto carente de los derechos mínimos de libertad, respeto y capacidad de decisión. Censura, a través de su hecho entonces, la autonomía de la mujer frente al hombre. En efecto, para evitar ser víctima y provocar al agresor, la mujer, (...) especialmente la que está en pareja, debe llevar adelante un modo de vida sumiso y digitado por el hombre”³.

Por otro lado, y en virtud de dicha concepción del varón, conforme refiere Maqueda Abreu (2007, p. 23) éste ejerce “un uso sistemático de la violencia, amenaza de violencia u otros comportamientos y tácticas coactivas, destinadas a ejercer el poder, inducir miedo o controlar...” a la mujer, de modo que en casos de modalidad doméstica de la violencia de género las agresiones se caracterizan por ser múltiples en lugar de hechos aislados⁴.

² Ello así atento a que en casos de contexto de género no se puede acceder al beneficio de la suspensión del proceso a prueba por ejemplo, o a la extinción de la acción penal por reparación o conciliación entre las partes; ya que la Convención establece el derecho a la tutela judicial efectiva de las mujeres, lo que impide salidas alternativas al proceso.

³ “Morlacchi”, S. n° 250 28/7/2014, TSJ; “Calderón”, S. n° 174, 29/04/2016, TSJ; “Aguirre”, S. n° 448, 30/10/2020, TSJ.

⁴ Maqueda Abreu, M.L. *¿Es la estrategia penal una solución a la violencia contra las mujeres? Algunas respuestas desde un discurso feminista crítico*. InDret, N° 4, Barcelona, 2007, Última visualización 11/9/23. <https://indret.com/es-la-estrategia-penal-una-solucion-a-la-violencia-contra-las-mujeres/>

Por último, y debido a lo anterior, en casos de este tipo de violencia de género (doméstica) se ha establecido que los hechos se caracterizan por *“el tiempo de victimización, porque a diferencia de otros delitos aquí la víctima sufre reiterados comportamientos agresivos y una escalada de violencia cada día o semana más agravada y de mayor riesgo, caracterizada por su **duración, multiplicidad y aumento de gravedad**”* (Trucco, TSJ Cba., Sala Penal, Sent. n° 140, 15/04/2016).

En virtud de ello se puede concluir que el contexto de violencia de género en modalidad doméstica se caracteriza por una multiplicidad de agresiones del hombre hacia la mujer, producidos a lo largo de un determinado tiempo y en escalada de violencia, es decir de forma cada vez más grave o violenta.

II. Evolución jurisdiccional

A. Un paradigmático caso respecto a esta problemática fue el de **Judy Norman en Estados Unidos (State v. Norman, 324 N.C. 253, 378 S.E. 2d 8, 1989)**, en el que la mujer asesinó a su marido por la noche mientras dormía de un disparo y luego alegó haber actuado en legítima defensa. El contexto de violencia de género en que vivía Norman era notable, conforme resume Casas (2014): Norman se había casado con su esposo cuando tenía catorce años y vivía en matrimonio con él desde hacía más de veinte años, período en el que fue sistemáticamente maltratada por su esposo, quien en una ocasión le apagó un cigarrillo en la frente, en otro le rompió una botella de vidrio en el cuerpo y repetidamente la forzó a prostituirse, haciéndole a veces hasta comer comida de perro, siendo ella la que además mantenía a sus hijos prostituyéndose. El día anterior a que Norman matara a su esposo, había sido brutalmente golpeada por él, quedando casi en estado de inconsciencia. Cuando pudo recuperarse ella llamó a la policía, quienes le dijeron que no podían hacer nada si ella primero no denunciaba a su esposo a lo que ella se negó por temor, por lo que cuando la policía se fue Norman intentó suicidarse. Cuando llegó el servicio de emergencias su esposo obstaculizó la intervención del personal médico, manifestando que debían dejarla morir. A la mañana siguiente Norman acudió a un centro de tratamiento de problemas de salud mental de su barrio a consultar si podían recluir a su esposo en el lugar. Luego le comunicó a su esposo lo que le explicaron en el centro, ante lo que éste la amenazó con cortarle el cuello antes de entrar a un *“manicomio”*. Esa misma tarde Norman acudió a instituciones del Estado para solicitar ayuda económica que le permitiera dejar de prostituirse, y fue seguida por su esposo, quien la obligó a dejar una entrevista y volver al hogar, donde la quemó con un cigarrillo, le negó comida y la forzó a dormir en el suelo. En este cuadro de situación, es que Norman se levantó a mitad de la noche, mientras su esposo dormía, y le disparó causándole la muerte al instante.

Los jueces fallaron en contra de la agresora-víctima porque consideraron que no había un peligro inminente que justifique su agresión, es decir consideraron que no había necesidad abstracta de defensa; a excepción del juez Martin quien en disidencia expresó que *“(…) para la mujer maltratada, si no hay escapatoria, si no hay una ventana de alivio o una percepción momentánea de seguridad, el próximo ataque puede ser el último. Bien entendido el problema, la cuestión central no es si la amenaza era inminente, sino si la creencia de la acusada de que inevitablemente sufriría una agresión letal en el futuro de la cual no tendría oportunidad de escapar era (objetivamente) razonable”*.

B. En el caso **“Bulacio Gladys Lery s/homicidio calificado” (Tribunal Oral en lo Criminal n° 3 de la ciudad de Mar del Plata, 2005)**, la mujer mató a su esposo mediante dos

disparos y alegó que actuó en legítima defensa. Como bien resume Di Corleto (2006), el día del hecho su esposo había ejercido violencia física contra Bulacio y su hija a través de golpes, causándole lesiones, además de amenazarla, insultarla, romper objetos y dispararle en dos ocasiones con un arma de fuego, para luego intentar obligarla a mantener relaciones sexuales. Fue en ese momento, estando en el dormitorio luego de quitarse las prendas íntimas en forma coaccionada por su marido, que Bulacio aprovechó un descuido de éste, tomó el arma con la que la tenía amenazada y le disparó. La discusión en el juicio giró en torno a la racionalidad del medio empleado, atento a que el Fiscal consideró que la mujer debió retirarse de la vivienda y buscar ayuda en lugar de disparar. No obstante, el Tribunal consideró que la agresión fue permanente y actual por parte del occiso, quien detentaba en todo momento el objeto amenazante (el arma). A su vez, concluyó que exigirle a Bulacio que espere a que la agresión se reanude para defenderse implicaría pedirle que sacrifique sus posibilidades de defensa, y *“para ser legítima, la defensa puede comenzar en el último momento en el que todavía tenga perspectivas de éxito y seguirá siendo necesaria hasta tanto el peligro no haya sido totalmente neutralizado”*. A su vez, y en relación a la racionalidad del medio empleado, el Tribunal valoró las capacidades de defensa que tenía Bulacio, quien era una mujer golpeada, de menor tamaño y fuerza que su marido y sin entrenamiento en auto-protección, por lo que no se le podía exigir racionalmente que se enfrentara a su agresor. Además, el perito psiquiatra concluyó que la golpiza y las amenazas sufridas antes del hecho generaron en la acusada un gran temor que afectó su valoración y limitó sus posibilidades de actuar⁵.

C. Otro caso conocido fue el de **Leiva, María Cecilia s/ homicidio simple (C.S.J.N., fallos 334:1204, 01/11/2011)**. Leiva vivía en un contexto de violencia de género respecto a su pareja, de quien sufría violencia física y por cuyos golpes ya había perdido un bebé anteriormente. El día del hecho la mujer hirió de muerte a su pareja conviviente con un destornillador mientras éste la golpeaba estando embarazada, para repelerlo; y luego intentó asistirlo y buscar ayuda pero se encontraba encerrada en su domicilio, por lo que cuando llegó el servicio de emergencias ya era tarde y su pareja falleció. Leiva alegó haber actuado en legítima defensa, no obstante la Corte de Catamarca la condenó por asesinato. Como bien resume Hopps (2012), la Corte Suprema anuló el fallo por arbitrario, atento a que el caso era perfectamente subsumible en un caso de legítima defensa, no siendo cuestionable ni la agresión ilegítima (pues la mujer estaba siendo golpeada en ese momento) ni el medio empleado (ya que usó un destornillador, elemento que logró asir para repeler la agresión, cuando en el domicilio había otros elementos más lesivos, como cuchillos). Lo rescatable del caso es que visibilizó la *“negación de la violencia de género en las relaciones de pareja”* por parte de los jueces, ya que su valoración del caso implicó tácitamente que tuvieron por legítima la previa agresión del varón, es decir que implícitamente el fallo de primera instancia consideró que estaba dentro de las facultades del marido *“corregir”* a su esposa. Por otro lado, el fallo también visibilizó la errónea valoración de la violencia doméstica por parte del Tribunal, quien la consideró una cuestión privada de la que la mujer es responsable por permanecer en esa situación, como si por permanecer en el hogar la mujer consintiera sufrir agresiones de su pareja. Esos estereotipos impidieron valorar las verdaderas razones de la permanencia de la mujer en el hogar violento (su dependencia económica, la presión social y familiar, la dependencia psicológica, etc.), culpabilizando a la víctima y considerando la

⁵ Di Corleto, J. *Mujeres que matan, Legítima defensa en el caso de las mujeres golpeadas*. Revista de Derecho Penal y Procesal Penal Lexis Nexis, N° 5, Buenos Aires, 2006. Última visualización 08/09/2023. <https://www.researchgate.net/publication/325553776>

violencia del varón como un problema de control de su agresión aislado, todo lo cual evidencia un desconocimiento del fenómeno de la violencia de género y del círculo de dependencia que genera⁶. Es por ello que resulta sumamente importante, al momento de valorar esta causa de justificación, tener presente el contexto social y particular en el que se suscita la violencia defensiva y la agresora en el caso concreto.

Este fallo además estableció que en un contexto de violencia de género, al apreciar los presupuestos de la legítima defensa los jueces deben seguir el principio de amplitud probatoria consagrado en los artículos 16 inc. I y 31 de la ley 26.485.

D. Por otro lado, en el fallo “**Gómez, María Laura s/Homicidio simple**” (sentencia n° 10/12 del 28/02/2012, Superior Tribunal de Justicia de San Luis), se observa un caso en que la imputada sufría violencia de género de parte de su pareja Appap hacía largo tiempo. El día del hecho fue su pareja quien comenzó a propinarle golpes de puño mientras la arrastraba hacia la cocina, ante lo que Gómez tomó un cuchillo de la mesada, único elemento defensivo a su alcance, y previo realizar amagues con él para apartar a su pareja, se generó un forcejeo entre ambos a raíz del cual Gómez hirió con el cuchillo a Appap, herida por la que estuvo internado varios días y luego falleció, siendo la imputada quien lo llevó y asistió en el Hospital. Gómez alegó haber actuado en legítima defensa, no obstante la Cámara en lo Penal y Correccional N° 2 de la provincia de San Luis la condenó por el delito de homicidio simple.

El Tribunal Superior de San Luis no obstante, al revisar el caso, consideró que sí existió defensa legítima y que no hubo un análisis de los hechos con perspectiva de género por parte del Tribunal a quo, es decir que no se tuvo en cuenta el contexto de violencia doméstica en que estaba inmersa Gómez. Dicho contexto conlleva que *“la mujer se encuentra atrapada en un círculo donde la agresión es siempre inminente, precisamente porque es un círculo vicioso del que no puede salir, porque tiene miedo a represalias, sabe que en cualquier momento la agresión va a suceder, los celos siempre existen, con lo cual la inminencia está siempre latente, generalmente no se formulan denuncias por miedo, la víctima de violencia se va aislando y muy pocas veces cuenta todo lo sucedido, ya sea por miedo o vergüenza”*.

Así, el Tribunal Superior consideró que la agresión fue actual, atento a que los golpes estaban sucediendo en el momento en que Gómez utilizó el cuchillo; y por ende su defensa fue también oportuna. En cuanto al medio empleado, aparece como racionalmente idóneo para repeler la agresión atento a que no se observó que haya existido otra oportunidad defensiva o un medio menos lesivo para hacer cesar la agresión, habiendo tomado Gómez el primer elemento defensivo que tuvo a su alcance. Tampoco se acreditó una provocación suficiente de parte de Gómez, y el elemento subjetivo también estaba claro, ya que en todo momento Gómez manifestó que no quería matarlo, que incluso ella primero amagó con el cuchillo para que él se aparte y la dejara irse pero él no la dejó.

E. A su vez, cabe destacar el más reciente fallo de la Corte Suprema sobre esta materia en el caso “**R.C.E.s/ recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley en causa N° 63.006 del**

⁶ Hoop, C. M., (2012). “Legítima defensa de las mujeres: de víctimas a victimarias”, Pitlevnik, L.(dir), *Jurisprudencia Penal de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, N° 13, Ed. Hammurabi, Buenos Aires. Última visualización 04/09/2023.

https://defensapublica.mpba.gov.ar/JURISDICCIONAL/genero_ninez/Documentos_de_trabajo/comentario_a_l_fallo_leiva.pdf

Tribunal de Casación Penal, Sala IV” (C.S.J.N., 29/10/2019). RCE sufría violencia doméstica y de género de parte de P.S., padre de sus hijos y con quien convivía pese a haberse disuelto el vínculo. El día del hecho, como RCE no saludó a P.S., éste le propinó un empujón y golpes de puño en el estómago y la cabeza, llevándola así hasta la cocina; donde ella tomó un cuchillo y se lo asestó en el abdomen provocando su muerte, tras lo cual salió corriendo del domicilio y fue hacia la casa de su hermano, que la acompañó a la policía. R.C.E. alegó haber actuado en legítima defensa, pese a lo cual fue condenada por el delito de homicidio simple.

La Corte hizo mención del “*documento del Comité de Seguimiento de la Convención Belem do Pará (CEVI)*” en su análisis, en el cual se hace expresa mención del deber de analizar el contexto de violencia de género cuando la mujer acusada alega legítima defensa, ya que lo contrario conlleva un inadecuado análisis del comportamiento y de la procedencia de la justificación. En relación a la agresión ilegítima inminente que requiere la legítima defensa, en este tipo de casos debe considerarse que la violencia no es aislada sino que tiene un carácter continuo, porque “*en forma permanente se merman derechos como la integridad física o psíquica. La inminencia permanente de la agresión, en contextos de violencia contra la mujer, se caracteriza por la continuidad de la violencia -que puede suceder en cualquier momento y ser detonada por cualquier circunstancia- y por su carácter cíclico -ya que si fue maltratada, posiblemente vuelva a serlo-*”.

Por otro lado, en el documento se establece que la exigencia de racionalidad en el medio empleado no implica que se deban utilizar “*medios de dudosa eficacia*” y que la proporcionalidad debe ser entendida respecto a la continuidad de la violencia y no sólo respecto a la agresión concreta de ese momento, ya que “*la aparente desproporción entre la agresión y respuesta puede obedecer al miedo de la mujer a las consecuencias por una defensa ineficaz*”, debiendo considerarse “*los medios con que las mujeres disponen para defenderse*” y analizar la proporcionalidad “*entre la agresión y la defensa en cuanto a la lesión*”, no respecto al medio empleado. En virtud de ello, la Corte consideró que se corroboraron las lesiones de la mujer y la única lesión del varón a causa del medio defensivo que utilizó, un cuchillo, siendo éste el único medio que tenía disponible para hacer cesar la agresión.

Por último, la norma exige la falta de provocación suficiente por parte del que se defiende. No obstante, conforme a la CEVI, interpretar que cualquier comportamiento anterior a la agresión es una “*provocación constituye un estereotipo de género*”; y ciertamente considerar que la falta de saludo sea una provocación suficiente para recibir golpes caería en un estereotipo en ese sentido. Incluso implicaría reconocer un derecho de corrección al varón sobre la mujer, propio de una concepción patriarcal de las relaciones de pareja; lo que también redundaría en que la mujer tendría la obligación de soportar la agresión del varón, tornándose en una agresión legítima contra la que no cabe una defensa amparada por la ley.

F. Por último, resta mencionar el caso “López” o “L.A.Q y otro P.SS.AA Homicidio Calificado por el vínculo- Recurso de Casación” del Tribunal Superior de Justicia de Córdoba (TSJ, Sala Penal, “López”, S. n° 507, 12/11/2020). López residía con su pareja Navarro y su hijo Martín, declarado inimputable. Una noche, en el marco de una discusión entre López y Navarro, se produjo una agresión física entre los mencionados. Posteriormente, Martín agredió a Navarro con un caño de metal, provocando a éste múltiples heridas en el cráneo que le causaron la muerte. López fue condenada en primera instancia a cadena perpetua por considerarla autora mediata (utilizando de instrumento a su hijo incapaz) del homicidio de su pareja.

El Tribunal destacó la falta de perspectiva de género en la valoración de la prueba para descartar la legítima defensa de López, quien manifestó haber padecido años de sometimien-

to y violencia de género de parte de su pareja Navarro, quien no sólo ejercía su dominio de varón sobre ella sino también sobre su hijo incapaz: mediante violencia física a través de golpes (por los que perdió piezas dentales) y psicológica mediante humillaciones, menosprecios y amenazas a ella y a su hijo, entre otras agresiones.

Así, aplicando las recomendaciones del Comité de Expertas del MESECVI (Resolución General n° 1), el Tribunal estableció que resulta necesario analizar el caso con perspectiva de género; es decir considerar la singularidad de la acusada por su condición de mujer y la violencia que padecía por esa misma condición; ya que muchas mujeres han sido responsabilizadas por haber terminado con la vida o haber provocado una lesión a sus agresores, siendo ellas víctimas de agresiones ilegítimas en el ámbito de sus relaciones interpersonales.

De este modo, establece la sentencia que incorporar la perspectiva de género en la interpretación de la legítima defensa en los casos en que las mujeres acusadas la alegan, implica considerar respecto al requisito de agresión ilegítima *“que la violencia basada en el género es una agresión ilegítima, respecto de la que debe considerarse su característica como un continuum para ponderar la inminencia o actualidad. Debe repararse en esa condición en función de la evaluación de la necesidad de defensa, pues existe una relación entre la proporcionalidad y la continuidad de la violencia contra las mujeres en dichas circunstancias”*.

En virtud de ello, ante un caso de violencia de género, el Tribunal Superior de Córdoba delimitó que *“la necesidad racional del medio empleado debe ponderarse con el enfoque de género, pues ella no requiere la proporcionalidad entre la índole de la agresión y la respuesta defensiva si existe una relación entre la proporcionalidad y la continuidad de la violencia contra las mujeres en dichas circunstancias. Debido a las características de la violencia de género en la pareja, si la agresión se limitara sólo al episodio inmediatamente anterior a la defensa podría considerarse desproporcionada. Esta lectura neutral desconocería el concepto de agresión que se ha explicitado y que no se acota a un episodio aislado”*.

III. Adecuación dogmática de la legítima defensa en contextos de violencia de género doméstica

En virtud de la jurisprudencia analizada y la aplicación de la Normativa Internacional en materia de derechos de la mujer, no quedan dudas de que ante un caso de agresión de una mujer hacia un hombre, en el cual ésta se encuentre sumida en un contexto de violencia de género por parte de aquél y alegue haber actuado en legítima defensa; el Poder Judicial tiene el deber de analizar la procedencia de este permiso legal con un criterio político criminal específico, la perspectiva de género, gran aporte del pensamiento teórico feminista sociológico.

Así, corresponde analizar a continuación el instituto de la legítima defensa, la cual en términos generales como bien sabemos requiere dos elementos principales: una necesidad abstracta de defenderse y una conducta defensiva consecuente y proporcional. Así, la *necesidad abstracta de defenderse* de alguna manera por parte del sujeto debe surgir, conforme refiere Nuñez (1959, p. 346-350), de una agresión específica que a su vez provenga de una conducta (activa u omisiva) de una persona física humana, la cual debe ser ilegítima, actual o inminente y no provocada suficientemente contra bienes jurídicos propios o de terceros. A su vez, en virtud de dicha necesidad abstracta es que surge la *necesidad concreta* de emplear algún medio defensivo para repeler esa agresión, dando así lugar a la *conducta defensiva* por parte de quien llamaremos *“el defensor”*. Esta conducta, para estar justificada, debe ser

“necesaria” para repeler la agresión, lo que conlleva una cierta proporción entre la agresión y el medio empleado, así como también entre el daño que se evita y el que se causa; para lo cual se debe analizar el medio utilizado y la oportunidad de la defensa.

III.1 La agresión actual o inminente y la oportunidad de defensa

En un caso de legítima defensa en donde se ha acreditado la existencia de un contexto de violencia de género doméstica, puede presentarse el problema de situaciones sin confrontación inmediata, es decir en ausencia de una agresión actual hacia la víctima o de su inminencia próxima. Atendiendo a la jurisprudencia señalada, primeramente se interpretó que ante la ausencia de una confrontación inmediata entre las partes no había una necesidad abstracta de defensa que justifique la agresión de la mujer como una conducta defensiva. Consecuentemente, como en esta causa de excepción si la conducta defensiva ocurre antes o después de la agresión o del peligro inminente será una defensa inoportuna y no habrá necesidad de defensa, tornando la conducta en ilegítima; la conducta de la mujer era entendida como una agresión. Así, incluso en los casos donde había mediado violencia previa de parte de la pareja de la mujer, los tribunales consideraban que la defensa no era oportuna por entender que no existía una agresión inminente.

Conforme refiere Roxin (1997), una agresión es inminente cuando posteriormente ya no se la podría repeler o sólo sería posible en condiciones más graves. De este modo, el “peligro inminente” es una amenaza al bien jurídico que va a suceder prontamente, no alcanza la simple amenaza sino que es necesaria una acción peligrosa que genere la posibilidad de lesión en forma real para no caer en la legítima defensa putativa (Núñez, 1959, p. 370), no obstante no se requiere el comienzo de ejecución (es decir la tentativa del delito), aunque se la podría ubicar en los actos preparatorios.

Refiere Di Corleto (2006) que expertos han establecido que estas situaciones de “agresión-defensa” de mujeres en contextos de violencia de género pueden deberse a que desarrollen el “síndrome de la mujer golpeada” por ser víctimas de maltrato diario. Puede ser en virtud de este síndrome que las mujeres sometidas a violencia se encuentren en un constante estado de hipervigilancia que lleva a que perciban como situación de peligro determinados gestos de su agresor (una mirada o un movimiento), aunque no impliquen propiamente un ataque en sí. No obstante, existen mujeres que sin desarrollar el síndrome igualmente se defienden en momentos que consideran oportunos para ejercer su defensa atento a su imposibilidad de ejercerla anteriormente; los cuales pueden no coincidir con un momento de agresión explícito (en el que pierden sus posibilidades defensivas). Amparándose en ello, parte de la doctrina podría plantearse la existencia de una *legítima defensa putativa* en estos casos, la cual ocurre cuando objetivamente no hay necesidad de defenderse pero el sujeto cree que sí y su creencia es razonable y fundada en relación a los elementos esenciales de la necesidad abstracta de defenderse (Núñez, 1959, p. 367): como sería el caso de una tentativa inidónea (por ejemplo por utilizar azúcar en lugar de veneno para matar) o de un contexto de violencia de género donde la mujer sufre lesiones constantes de parte del varón y sabe de lo que éste es capaz. En estos casos, pese a no existir objetivamente una necesidad de defensa, la conducta defensiva podrá considerarse legítima en virtud de hallarse en un error respecto a una causa de justificación, la que conforme a la doctrina dominante será tratado como un error de tipo (que si es invencible serán excluidos dolo y culpa, pero si es vencible subsistirá la culpa).

No obstante **no se coincide con esta solución**, aplicar la perspectiva de género implica considerar la situación real de la mujer y sus posibilidades de defensa desde un punto de vista objetivo-subjetivo, teniendo en cuenta su situación de vulnerabilidad y sometimiento

que la mantienen en un estado de indefensión constante y sometida a una agresión e hipervigilancia permanente, que no cesa mientras el sujeto ejerza su poder sobre la mujer.

Un argumento que avala esta posición radica en la analogía con delitos que causan una agresión permanente. Ya Núñez (1959, p. 368) reconocía este tipo de agresiones permanentes en casos de violación de domicilio o privación de libertad, refiriendo que en ellos “*el ataque comenzado que ha trascendido ya en una lesión, subsiste en tanto que se espere inmediatamente la producción de una nueva lesión o el agravamiento de la ya producida*”. También Soler (1970, p. 349) sostiene que la agresión ilegítima puede no ser instantánea y en cambio “*crear un estado durable de peligro, en cuyo caso, si bien el acto agresivo inicial puede haber pasado, no podría negarse que la agresión es presente y que subsiste mientras subsista el peligro*”⁷.

Tal es el caso de la mujer sometida a un contexto de violencia, la cual encuentra restringida su libertad en forma permanente al recibir ataques ante cualquier expresión de autonomía con fines retributivos y de prevención, es decir para castigarla por su desobediencia y para evitar que vuelva a hacerlo, para volver a someterla y mantenerla en estado de sumisión por temor a la agresión. Al respecto, enfatiza Zaffaroni (2000, p. 595) que en este tipo de casos el agresor, además de ya haber hecho manifiesta su voluntad de agredir, “*tiene a su disposición los medios idóneos para hacerlo, o sea que puede hacerlo en cualquier momento, provocando así un peligro inmediato para los bienes jurídicos*”⁸, agregando que la actualidad de la agresión también se da por la afectación o lesión a la tranquilidad de la mujer sometida a esta situación (la cual persiste mientras subsista el contexto de violencia de género).

A su vez, como se estableció en el caso Leiva ut supra, atento a que en casos de violencia de género no es fácil determinar cuándo ha finalizado la agresión, se deben tener en cuenta las violencias anteriores en la relación para valorar la razonabilidad de la percepción de la mujer respecto a la inminencia de una próxima agresión.

Otro argumento que puede ensayarse radica en el fundamento mismo del instituto, que varía entre posturas individuales (o subjetivistas para Zaffaroni⁹), colectivas y mixtas, primando en la doctrina esta última por impulso de Roxin (1997, p. 608), entre otros. Esta perspectiva mixta unifica el fundamento de las demás tesis y establece que la legítima defensa se basa en: la protección individual (teorías individualistas) y el prevalecimiento del derecho (teorías colectivistas).

Por un lado, como bien refiere Marcela Roa Avella (2012, pp. 51-52), la conducta antinormativa se autoriza en virtud del principio de protección del individuo; ya que al sujeto se lo reconoce como ser social y titular de derechos (como el derecho fundamental a la vida y la seguridad)¹⁰ que el Estado debe proteger. De forma que, ante la agresión injusta a un bien jurídico particular y ante la falta de protección adecuada por parte del Estado y/o la normativa¹¹, es decir no existiendo otra opción razonable para proteger esos derechos, se le reconoce al individuo un derecho subjetivo e inalienable de defender esos bienes afectados,

⁷ Soler, S. *Derecho penal argentino*, Tomo I, Ed. TEA, Buenos Aires, 1970.

⁸ Zaffaroni, E. R., Alagia, A. y Slokar A., *Derecho Penal, Parte General*, Ed. Ediar, Buenos Aires, 2000.

⁹ Zaffaroni, E. R., op. cit.

¹⁰ Roa Avella, M. *Mujer maltratada y exclusión de responsabilidad. Una mirada de género a la legítima defensa y al estado de necesidad exculpante*. Nova et vetera 21 (65), Bogotá, 2012, pp. 49-70.

¹¹ He aquí un resabio contractualista, ya que si se considera que mediante contrato se ingresa a la sociedad a cambio de sujeción al Estado; cuando el Estado no puede defender los derechos del individuo cesa el deber de obediencia de éste derivado del contrato, justamente por incumplimiento de una de las partes (el Estado).

incluso mediante una conducta que lesione también bienes jurídicos. De este modo, la legítima defensa se erige como un derecho subjetivo aunque de carácter subsidiario, que procede cuando el Estado no puede brindar protección inmediata o no hay mecanismos de defensa establecidos para defender esos bienes adecuadamente.

Por otro lado, también es fundamento de esta causa de justificación la prevalencia o el mantenimiento del orden jurídico. Así, como el derecho garantiza y tiene su fundamento en la protección de bienes, autoriza a un individuo a protegerlos ante una agresión injusta a los fines de mantener el orden jurídico que está siendo alterado por la conducta antinormativa del agresor. Conforme refiere la Dra. Cortes de Arabia (2005, pp. 424-425), desde esta perspectiva el derecho a defenderse está legitimado en la necesidad de defender el orden jurídico en general, el cual es afectado por una agresión que lo desconoce; actuando entonces el individuo defensor como representante de la comunidad para ratificar el derecho vigente¹². Así, también se persigue un fin político criminal de prevención general mediante esta justificación, ya que se procura que “*el orden legal se reafirme frente a agresiones a bienes jurídicos individuales*”¹³.

Así, atento a que esta causa de justificación tiene su fundamento en el reconocimiento mixto del derecho subjetivo junto con la necesidad de prevención general ante la conducta antinormativa que desconoce el derecho vigente; cabe considerar que en el supuesto de una mujer sometida a un contexto de violencia de género doméstica, es decir a un constante peligro de agresión, desconocer su derecho a defenderse implica condenarla a desconocer ese derecho innato y condenarla a una permanente vulneración de sus derechos, lo cual no parece justo ni razonable.

En virtud de los argumentos expuestos, ante un contexto de violencia de género doméstica acreditado, la actualidad de la agresión se debe tener por configurada considerando la existencia y modalidad de las agresiones anteriores, así como también la situación de vulnerabilidad y posibilidades reales de defensa (desde una perspectiva ex ante) de la mujer; de modo que permitan interpretar que el temor a la agresión futura de la mujer a una agresión de su pareja es razonable, pudiendo entonces asimilarse a un peligro inminente.

III.2 La necesidad racional del medio empleado

El medio utilizado para impedir o repeler la agresión o el peligro, debe ser racionalmente necesario o idóneo para legitimar la conducta defensiva. Por “*medio*” se entiende cualquier tipo de acción u omisión utilizados para neutralizar la agresión o el peligro. En cuanto a la “*necesidad racional*”, dice Núñez (1959, p. 372-379) que es una necesidad relativa, ya que no necesariamente se requiere la utilización del mismo medio que utiliza el agresor (la norma no exige una equivalencia de medios entre agresor y defensor), sino que se deben considerar todos los medios que el sujeto tiene a disposición para hacer cesar la agresión y, aunque tenga el mismo medio que el agresor y seleccione otro, se debe valorar la proporción en su utilización en relación al ataque recibido. Así, si bien no se exige -como en el estado de necesidad- que haya proporcionalidad o igualdad de bienes jurídicos afectados (como sería en caso del estado de necesidad exculpante), al defenderse se puede afectar un bien de mayor valor que el defendido (por ejemplo afectando el bien jurídico integridad física defendiendo el bien jurídico propiedad). Lo que no admite la doctrina es la “*arbitrariedad en la defensa*”: es decir, que se cause intencionalmente un daño que “*aunque necesario para impedir o repeler la agresión, no representa un interés importante para el agredido y es*

¹² Cortes de Arabia, “Lección 12. Causas de Justificación”, Lascano, C. J. (Dir.), *Manual de Derecho Penal. Parte general*, Advocatus, Córdoba, 2005.

¹³ Roxin, C. *Derecho penal. Parte general. T1. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. 2º Ed., Civitas, Madrid, 1997.

manifiestamente desproporcionado con el que constituía el objeto del agresor”, ya que en ese caso no se considerará que la defensa sea legítima y procederá la responsabilidad plena del defensor. En ese caso, incluso no sería aplicable el exceso en la defensa del art. 35 del C.P., porque éste procede cuando la desproporción es objetiva pero no subjetiva, es decir cuando no es abarcada por la intención del sujeto. A su vez, para determinar la proporción del medio también se tiene en cuenta la representación subjetiva del sujeto sobre la magnitud de la agresión (en la medida que ésta exista), de modo que si el sujeto se formula falsas representaciones sobre la intensidad de la agresión que da lugar a una conducta defensiva desproporcionada a la verdadera magnitud, ésta puede ser considerada igualmente legítima en función de la circunstancias que conocía, la razonabilidad del error y sus posibilidades de comprensión.

Constituye una cuestión problemática en casos de defensa en contexto de violencia de género, justamente la determinación de la racionalidad del medio utilizado en la defensa y su proporción con la agresión; principalmente debido a la ausencia de una situación confrontacional inmediata en el hecho, ya que no hay una agresión in situ respecto a la cual medir la proporción.

Para justificar su procedencia, puede tomarse como base el fundamento de la legítima defensa privilegiada. En este caso especial de justificación, se establece una presunción (*iuris tantum* según Núñez) sobre la existencia de una agresión cuando un sujeto ingresa por escalamiento o fractura a una morada por la noche, exceptuando el requisito de proporcionalidad que exige normalmente esta causa de justificación en la conducta defensiva ante dicha agresión: ya que la conducta quedará justificada independientemente del daño que provoque el defensor en el agresor. Núñez (1959, pp. 382-383), en coincidencia con la mayoría de la doctrina¹⁴, considera que el fundamento de esta excepción que exime de proporcionalidad es el peligro que representa para la persona ese ingreso nocturno (no hacia los bienes o el domicilio). Lo que justifica la excepción a este requisito de la legítima defensa es el peligro hacia la integridad personal del afectado inicialmente (que *iuris tantum* se considera inminente), ello legitima el grave daño que el defensor podría provocar al agresor (pudiendo ocasionar incluso su muerte en forma legítima). Dicha defensa desproporcionada se justifica cuando proceden los elementos objetivos del escalamiento o la fractura nocturna, sin necesidad de que se compruebe otro tipo de lesión o amenaza de agresión inminente hacia su persona en el caso concreto.

En virtud de ello, si consideramos que el inc. 7 del art. 34 del C.P. no hace más que especificar en qué caso el derecho considera *iuris tantum* que existe peligro inminente y autoriza cualquier daño ante esa posibilidad; no es irrazonable aplicar analogía *in bonam partem* y extender el fundamento hacia un contexto de violencia de género, en el cual existe un peligro personal constante hacia la víctima (y a bienes jurídicos valiosos como la integridad física y sexual), y justificar como proporcionada su reacción a partir de la acreditación de elementos objetivos: el contexto de violencia de género doméstica.

Sin embargo, ello tampoco implicaría admitir como razonable cualquier defensa, deben darse ciertos requisitos. Así, dice Núñez (p. 379) que la proporcionalidad debe computarse desde la perspectiva del sujeto que se defiende en la situación en concreto, con los medios que tenía a su alcance y “*en el estado de ánimo que la agresión normalmente podía generar*”, es decir desde una perspectiva *ex ante*; ya que una comparación ulterior y abstrac-

¹⁴ El propio autor menciona que coinciden con su postura Herrera, Soler, Gómez y Fontán Balestra, así como también con la jurisprudencia de la Suprema Corte de Bs.As. en el caso Argañaraz-Casas Peralta, IV, N° 119.

ta desvirtúa la legítima defensa. Dicho estado de ánimo debe analizarse desde una perspectiva de género, es decir teniendo presente el contexto de violencia sufrido por la mujer, lo que es esencial para comprender el grado de peligro al cual está expuesta y también para evaluar su reacción frente a la amenaza que prevé (que puede estar signada por la hipervigilancia, como se mencionó). Así, la proporcionalidad del acto defensivo no deberá valorarse sólo respecto a la agresión específica del hecho concreto, sino principalmente en relación a los hechos de violencia anteriores y a la continuidad y subsistencia del contexto de violencia entre las partes, sumado a las capacidades de comprensión de la mujer y sus posibilidades de defensa. De modo que en una relación signada por la violencia psicológica mediante menosprecios e insultos pero nunca violencia física o intimidaciones, no parece en principio razonable que la víctima (si bien se encuentra por definición en un contexto de violencia de género) reaccione a un nuevo insulto lesionando o matando a su pareja. Distinto sería el caso si en dicha relación hubo constante violencia física hacia la mujer, generando una situación de desigualdad entre ambos. De modo que la mujer, ante un nuevo insulto de su pareja y previendo que seguirán nuevas lesiones de parte de éste (como en casos anteriores), se defiende de ese peligro inminente con los medios a su alcance; en este último caso, sí existe una relación de proporcionalidad entre la defensa y la agresión permanente.

Por último, y en relación a los medios disponibles para la defensa, en algunos de los fallos analizados se ha considerado erróneamente como tales (sin aplicar perspectiva de género) la posibilidad de la víctima de terminar el vínculo con la pareja y/o de realizar la denuncia penal y/o exigiendo la ausencia de respuesta estatal, considerando que la mujer debió hacer uso de esos medios antes de agredir. No obstante, este tipo de razonamiento no tiene en cuenta justamente el contexto de violencia en el que se da esta situación, signado por el “*círculo de violencia*”¹⁵ y temor hacia el agresor, no pudiendo esperarse de forma razonable que la mujer inserta en un contexto de violencia de género finalice el vínculo o realice una denuncia a su pareja; por lo que tampoco se puede exigir como condición ese tipo de acciones para que se defienda legítimamente. A su vez, si bien la ausencia de respuesta estatal para proteger a la mujer en situación de violencia es un factor más de indefensión y vulnerabilidad que legitima su derecho de defensa; no puede exigirse dicha ausencia de respuesta (en casos en que por ejemplo hubo denuncia previa) como condición de legitimación de la defensa de la mujer. Ello así porque la respuesta estatal no asegura necesariamente una disminución en la agresión hacia ella. En casos donde exista una denuncia y una respuesta estatal, se debe analizar su suficiencia y las posibilidades reales de la mujer de acudir nuevamente al Estado en el caso concreto.

Así, si se reconoce a la violencia de género como un estado de agresión permanente, no se puede exigir a la víctima que sólo se defienda en el momento en que está siendo agredida efectivamente; ni que busque un medio proporcional al de la agresión inmediata (la cual incluso puede estar ausente), lo contrario implicaría exigirle que pierda la oportunidad de toda defensa atento a la situación particular en que se encuentra. En virtud de ello, para considerar “*racional*” el medio empleado no es necesario que haya una equiparación de

¹⁵ Walker (2001) es una psicóloga estadounidense que estudió el comportamiento de las mujeres víctimas de violencia (caracterizadas por una dependencia hacia su maltratador) e identificó lo que llamó el “*círculo de violencia*”, que consiste en el proceso de violencia de género que viven las víctimas respecto a su maltratador, el cual sucede en tres fases: **1) Acumulación de tensión**, en el que hay pequeños actos de violencia cotidianos del maltratador hacia la mujer, ante los que ésta comienza a adoptar conductas sumisas tendientes a evitar el enfado de su pareja. **2) Episodio agudo o agresión**, el maltratador se alivia descargando su agresividad mediante actos de violencia más intensos hacia la mujer. **3) Etapa de arrepentimiento, conciliación o luna de miel**, el agresor promete cambiar, buscar ayuda, se arrepiente y realiza demostraciones de afecto. Una vez que ocurre el primer ciclo es probable que se repita y que los detonantes del episodio agudo sean cada vez más insignificantes y de mayor agresividad.

medios ni que se esté produciendo el ataque, la proporcionalidad se establecerá en relación a la agresión como ha sido entendida: continua y permanente, debiendo analizarse todo el contexto de dicha agresión (el contexto de violencia de género y la gravedad de las lesiones previas) para considerar si la víctima actuó de manera razonable al defenderse.

IV. Proyectos de reforma del Código Penal

Existen varios proyectos de ley en trámite en el Congreso General de la Nación que proponen reformar el art. 34 inc. 6 del C.P., e incorporar como una excepcional causa de justificación la que se produce en contextos de violencia de género y doméstica, lo que demuestra que la creación pretoriana cimentada podría verse traducida pronto en derecho positivo. A continuación se detallan las concretas reformas propuestas:

IV.1. Proyecto 3660-D-2020: Presentado el 21 de julio de 2020, propone incorporar un último párrafo al inc. 6 del art. 34 que disponga que *“También se entenderá que concurren estas circunstancias respecto de aquel o aquella que sea víctima de violencia de género, cualquiera sea el daño ocasionado al agresor”*. De este modo, se añade la violencia de género como causa excepcional de justificación, junto con la legítima defensa privilegiada. No obstante, por un lado este Proyecto no circunscribe el caso a la violencia de género en modalidad doméstica, que es donde se da la situación de dominación que justifica la excepción. Por otro lado, habilitar cualquier daño al agresor en estos contextos no parece acertado, atento a que pueden existir casos de notable desproporcionalidad entre la violencia sufrida durante la relación y la defensa ejercida por la víctima, tornándose irrazonable esta última. En virtud de ello, se visualizan dos soluciones posibles, o por un lado se habilita al juez a valorar en el caso concreto la proporcionalidad del medio empleado con perspectiva de género no estableciendo fórmulas de presunción de proporcionalidad; o por otro lado específicamente se establece que esta presunción es iuris tantum y admite prueba en contrario, para salvaguardar los casos de evidente desproporcionalidad.

IV.2 Proyecto 4973-D-2020: Presentado el 23 de septiembre de 2020, propone agregar luego de los requisitos de la legítima defensa en el inc. 6 del art. 34 que: *“Se presume, salvo prueba en contrario, que concurren las circunstancias de este inciso, (...) cuando la conducta tuviere lugar en un contexto de violencia doméstica”*. Con el término *“violencia doméstica”*, el Proyecto procura abarcar no sólo a la violencia intrafamiliar hacia mujeres sino también hacia *“otras identidades”*, no ahondando en fundamentos por los cuales extender la casuística jurisprudencial relacionada a la violencia de género a la mujer en modalidad doméstica hacia identidades de género diversas, en la medida en que la violencia se da en el contexto de una relación familiar. Esta propuesta, por ende, parece sumamente abarcativa; comprendiendo situaciones en las cuales no necesariamente se daría una situación de dominación de un miembro de la pareja hacia el otro, o incluso puede abarcar otras relaciones familiares diferentes a las de pareja. El problema en ello estriba en que el fundamento de la extensión del justificante a casos de violencia de género radica en la situación de dominación y de agresión constante que sufre la víctima de parte del agresor por su condición de mujer socialmente instaurada, lo que genera una violencia permanente e inminente que motiva y justifica su necesidad de defensa; situación que no necesariamente procede en hechos de violencia doméstica, en la cual puede haber actos de agresión sin existir dominación mediante, como sucede en las relaciones entre hermanos por citar un ejemplo.

IV.3 Proyecto 0497-D-2022: Presentado el 08 de marzo de 2022, en primer lugar propone agregar en el inc. 6 del art. 34 del C.P. que la presunción que avala la legítima defensa es iuris tantum y admite prueba en contrario, lo que se celebra. A su vez, incorpora al enun-

ciado un último párrafo que establece que: “*Igual presunción corresponde cuando la conducta tuviere lugar en un contexto de violencia doméstica*”. Esta propuesta adolece de la crítica formulada anteriormente respecto a la amplitud del término violencia doméstica, a lo que me remito. Por otro lado, al establecer la presunción iuris tantum respecto a la procedencia de las causales de la legítima defensa, se salvaguardan los casos de evidente desproporcionalidad o también aquellos en que falte la relación de causalidad entre las violencias anteriores en la relación de pareja por parte del agresor y la percepción de la mujer respecto a la inminencia de la próxima agresión (un caso podría ser el de una mujer sometida a un contexto de violencia de género que, hallándose en un lugar seguro por estar de viaje por ejemplo, causa la muerte de su pareja a través de un tercero o algún medio insidioso).

IV.4 Proyecto 2630-D-2022: Presentado el 30 de mayo de 2022, incorpora un último supuesto en el inc. 6, luego de la legítima defensa privilegiada, que establece: “*Se entenderá que concurren estas circunstancias (...) respecto de las conductas para impedir agresiones físicas en un contexto de violencia de género en el ámbito intrafamiliar, cualquiera que sea el daño ocasionado al agresor*”. Esta propuesta, si bien superadora del anterior Proyecto 3660-D-2020, conserva la permisividad de la defensa sin importar el daño causado, por lo que subsisten las críticas ensayadas en su caso, a las que me remito.

IV.5 Proyecto 3166-D-2022: Presentado el 23 de junio de 2022, constituye un pedido de adherencia al proyecto 2630-D-2022, el cual se mantendría incólume y sólo agrega ciertas fundamentaciones. No obstante, las nuevas alegaciones en nada hacen variar las críticas formuladas previamente, las que se sostienen conforme fueron planteadas.

IV.6 Proyecto 2647-D-2023: Presentado el 16 de junio de 2023, incorpora al inc. 6 una presunción iuris tantum y la violencia de género como legítima defensa de excepción luego de la privilegiada. Concretamente establece que: “*Se presume, salvo prueba en contrario, que concurren las circunstancias de este inciso, cualquiera sea el daño ocasionado al agresor, respecto de aquella persona que obrare: 1) (...) iii) cuando la conducta tuviere lugar en un contexto de violencia de género, sea en el ámbito intrafamiliar o de convivencia de pareja, y aunque el ataque no sea actual o inmediato (...)*”. Esta redacción parece la más completa de las analizadas y, aunque supera las críticas señaladas es sobre-abundante en varias cuestiones. Por un lado, es excesivo aclarar que procede en caso de convivencia de pareja, ya que ésta queda comprendida por el ámbito intrafamiliar que también incluye. Por otro lado, también es confuso aclarar que la justificación procede aunque el ataque no sea actual o inmediato, ya que justamente la presunción está asentando que aunque no procedan los requisitos de la legítima defensa (peligro inminente y proporcionalidad del medio empleado) procede esta excepción. La aclaración resulta confusa porque podría interpretarse que sólo procede en caso de ausencia de peligro inminente, pero no por falta de proporcionalidad del medio empleado, lo que resulta contrario a la jurisprudencia asentada y los argumentos expuestos respecto a la procedencia de esta causal de excepción en contextos de violencia de género de tipo doméstica.

V. Recapitulación y conclusiones

La violencia de género produce una efectiva situación de desigualdad entre el hombre y la mujer, ya que subordina a esta última a los designios del primero. No tener en cuenta esta situación al momento de valorar la conducta de una mujer que se defiende en un contexto de este tipo implicaría mantener y perpetuar ese tipo de desigualdades que internacionalmente Argentina se comprometió a combatir; y conllevaría además una aplicación desigual del derecho de defensa afectando el art. 16 de la Constitución Nacional, ya que para garantizar un trato igualitario en situaciones desiguales el tratamiento debe ser diferenciado.

En virtud de lo expuesto, cabe abordar las preguntas inicialmente planteadas. En casos de legítima defensa en contextos de violencia de género pueden justificarse agresiones preventivas que no repelen un peligro inmediato, en la medida en que se acredite un peligro permanente a través de la verificación de: 1) la existencia de un contexto de violencia de género, lo que iuris tantum se considera que causa una situación de peligro permanente para la víctima y verifica el requisito objetivo de agresión; 2) La subsistencia del contexto de violencia en el que se encuentra inserto la mujer, lo que verifica la actualidad de la agresión y la oportunidad de la defensa; 3) Una conexión razonable entre las violencias anteriores en la relación de pareja por parte del agresor y la percepción de la mujer respecto a la inminencia de la próxima agresión, lo que verifica la necesaria relación de causalidad entre la conducta del agresor y el peligro a los bienes que se defienden.

Conforme a ello, para establecer la proporcionalidad de la defensa o la “*necesidad racional*” del medio utilizado para defenderse ante este tipo de agresión, que es de carácter permanente, además de lo antedicho se deberá valorar: 1) la gravedad de las agresiones sufridas a lo largo de toda la relación y la agresión actual si la hubiere; 2) la vulnerabilidad y características de la víctima y del agresor; 3) los medios disponibles para defenderse efectivamente (lo que incluye los mecanismos estatales de protección y asistencia); 4) La razonabilidad de la representación subjetiva de la mujer respecto a la magnitud y/o inminencia de la posible agresión y de los medios disponibles para hacerle frente (basada en la gravedad de las violencias anteriores, la ineficacia de mecanismos estatales utilizados en hechos previos y el posible estado de “hipervigilancia” de la mujer ocasionado por el contexto de violencia).

Por último, cabe aclarar que en caso de que se acredite error en la representación subjetiva de la mujer respecto a la necesidad abstracta de defensa (por ejemplo por erróneamente creer que se encontraba encerrada en el domicilio cuando no era así, o erróneamente considerar que estaba amenazada por su pareja cuando la amenaza no se dirigió a ella o provino de otra persona), puede valorarse su conducta como una legítima defensa putativa, es decir como un error de tipo. No obstante, para determinar si dicho error es vencible se deberá tener en cuenta no sólo la objetiva posibilidad de conocer, sino también la representación que esa mujer podía hacerse en función del contexto de violencia de género en que se hallaba inserta y sus experiencias anteriores.

Atento a lo expuesto, es de vital importancia que el análisis del derecho de legítima defensa abarque la complejidad de la violencia contra la mujer, lo contrario sólo favorecerá la anidación de desigualdades de poder entre hombres y mujeres y repetirá soluciones injustas a esta problemática. La valoración con perspectiva de género no implica un favorecimiento de la mujer en detrimento del hombre, sino que implica el reconocimiento de circunstancias desiguales que merecen un trato diferenciado para lograr justicia en el caso.

Por último, cabe preguntarse si esta legítima defensa de excepción es procedente también en contextos de violencia doméstica entre parejas de igual sexo biológico y diversa identidad de género, o de misma identidad de género, en las cuales exista una situación de dominación de un miembro de la pareja sobre el otro. Así como también cabe plantearse si podría darse esta excepción a los requisitos de la legítima defensa en relaciones familiares en las que, sin que exista un vínculo de pareja, existe una situación de dominación y vulnerabilidad (por ejemplo en la relación de padres a hijos, sobre todo cuando estos últimos son menores de edad o cuando los primeros son ancianos). Ante estos casos, que merecen un trabajo de investigación aparte, dejo planteado el interrogante y ensayo como respuesta intuitiva que si se dan los requisitos expuestos, y existe una relación de violencia y dominación/subordinación de una persona hacia la otra, de modo que se puede considerar que

existe una situación de agresión permanente: se puede justificar una defensa “*inoportuna*” ante la falta de ataque inmediato, ya que se podría considerar que existe un peligro inminente si por el contexto de violencia era razonable prever ese acontecer futuro y no contar con otra oportunidad de defensa.

VI. Referencias bibliográficas

- CASAS, L. J. *Impacto de la perspectiva de género en la dogmática penal. La legítima defensa. A propósito del fallo “XXX s/homicidio agravado por el vínculo” de la Corte Suprema de Tucumán*. Revista Pensamiento Penal, Buenos Aires, 2014. Última visualización 02/09/2023. <https://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/38993-impacto-perspectiva-genero-dogmatica-penal-legitima-defensa-proposito-del-fallo-xxx>.
- CORTÉS DE ARABIA, A. M. “Lección 12. Causas de Justificación”, Lascano, C. J. (Dir.), *Manual de Derecho Penal. Parte general*, Advocatus, Córdoba, 2005.
- DI CORLETO, J. *Mujeres que matan, Legítima defensa en el caso de las mujeres golpeadas*. Revista de Derecho Penal y Procesal Penal Lexis Nexis, N° 5, Buenos Aires, 2006. Última visualización 08/09/2023. <https://www.researchgate.net/publication/325553776>
- HOOP, C. M. “Legítima defensa de las mujeres: de víctimas a victimarias”, Pitlevnik, L. (dir.), *Jurisprudencia Penal de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, N° 13, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2012. Última visualización 04/09/2023: https://defensapublica.mpba.gov.ar/JURISDICCIONAL/genero_ninez/Documentos_de_trabajo/comentario_al_fallo_leiva.pdf
- JAKOBS, G. *Derecho Penal Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, Ed. Marcial Pons, 2da Edición, Madrid, 1997.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, L., *Tratado de derecho penal*, T. IV, Losada, Buenos Aires, 1956.
- MAQUEDA ABREU, M.L. *¿Es la estrategia penal una solución a la violencia contra las mujeres? Algunas respuestas desde un discurso feminista crítico*. InDret, N° 4, Barcelona, 2007. Última visualización 11/9/23: <https://indret.com/es-la-estrategia-penal-una-solucion-a-la-violencia-contra-las-mujeres/>
- NÚÑEZ, R., *Derecho penal argentino. Parte general*. Tomo I, Bibliográfica, Buenos Aires, 1959.
- ROA AVELLA, M. *Mujer maltratada y exclusión de responsabilidad. Una mirada de género a la legítima defensa y al estado de necesidad exculpante*. Nova et vetera 21 (65), Bogotá, 2012, pp. 49.70.
- ROXIN, C. *Derecho penal. Parte general. T1. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. 2da. Edición, Civitas, Madrid, 1997.
- SOLER, S. *Derecho penal argentino*, Tomo I, TEA, Buenos Aires, 1970.
- WALKER, L. E. A. *The battered woman*. 2da. Edición. Springer Publishing Company, New York, 2001.
- ZAFFARONI, E. R. ALAGIA, A. Y SLOKAR A. *Derecho Penal, Parte General*, Ediar, Buenos Aires, 2000.

Las penas de los delitos básicos en el sistema del Código*

Penalties for basic crimes in the Code System

Por: **ROBERTO V. VÁSQUEZ****

RESUMEN: En la presente investigación, el primer desafío que se ha superado es la construcción de una base de datos que permita un análisis sistemático de todas las cuestiones ligadas a las penas abstractas conminadas en el sistema del Código. Luego inicia un proceso de traducción de lo numérico en función de lo conceptual, una lectura transversal con la que el raciocinio del dogmático no está acostumbrado a contactarse. En dicho esfuerzo el estudio se focaliza en la exposición de los diversos elementos de las penas de los delitos básicos, ya contra bienes individuales, ya contra bienes sociales.

PALABRAS CLAVES: Delitos básicos. Bienes individuales. Bienes sociales. Tipo de pena

ABSTRACT: *In this research, the first challenge that has been overcome is the construction of a database that allows a systematic analysis of all the issues linked to the abstract penalties imposed in the Code system. Then a process of translation of the numerical into the conceptual begins, a transversal reading with which the dogmatist's reasoning is not accustomed to contact. In this effort, the study focused on the presentation of the various elements of the penalties for basic crimes, either against individual property or against social property.*

KEY WORDS: *basic crimes individual goods social goods type of punishment*

I. Introducción

Múltiples opciones he valorado para retomar mis investigaciones sobre la pena. Una de ellas me indicaba la conveniencia de reproducir los contenidos y mejorar los análisis realizados hace 27 años en el libro “La racionalidad de la pena” del año 1995. Ese trabajo realizado básicamente los fines de semana, entre calificados amigos y con mucho esfuerzo, tiene todavía mucho por dar. Podría explicar cómo se construyó la base de datos (en 1990/95) y el esfuerzo desplegado por actualizarla al 2023/24¹, y exhibir sus potencialidades frente al aporte de destacados dogmáticos que nunca han trabajado de tal modo. Introducirme en los vericuetos de la ausencia de teoría para trabajar sobre ciertos temas y a partir de dicho presupuesto intentar avanzar con mayores precisiones sobre los delitos básicos y sus correspondientes penas. O bien tomar como punto de partida la incertidumbre existente en la doctrina o la jurisprudencia sobre cuestiones ligadas a aquéllas, reseñando las limitaciones conceptuales de las contemporáneas y marcando el valor de precedentes que con el paso del tiempo se han ido forjando. O deleitar al auditorio con las múltiples rarezas que caracterizan al Libro II del Código, identificando errores y empeños interpretativos. En este plan cabría introducir las falencias que se proyectan desde la Parte General de aquél. O presentar el elenco de penas nuevas y compararlas con las suprimidas en las últimas tres

* Dedico este trabajo a Marcos Díaz Reyna. Sin su intervención hace ya casi 30 años hoy no podría concretarlo. Destaco su compromiso desinteresado y agudo con la investigación (llevada a cabo en conjunto con el Dr. Augusto Cammisa) que no dejó pasar una de todas las cuestiones teóricas con las que se enfrentó y procuró resolver. Si lo tuviéramos con vida hoy compartiría esta presentación.

** Abogado (UNC). Profesor Adjunto de Sistemas de Seguridad Comparado (Lic. de Seguridad, UNVM).

¹ Debo agradecer también al Lic. René Merlo, que me asistió con excelencia en las dos etapas de su construcción.

décadas. O podría haber desmenuzado una por una todas las leyes que han cambiado el Código Penal en igual período, estudiando proyectos, debates parlamentarios y cambios producidos. No descarté, tampoco, sintetizar los análisis en un conjunto de propuestas y un proyecto individual que asegure más las equivalencias, perspectiva que pronto abandoné con la ilusión de participar en una obra común. Otra opción que podría haber recorrido es la presentación de la totalidad de tipos de penas que he identificado en el Código, que giran alrededor de 80, que al intérprete y al legislador (que conocen algunas y en virtud de exámenes aislados) le vendría bien conocer simplemente su listado y su inserción en el marco de un sistema completo. Otro camino que pude emprender es el de tomar como base del análisis a los proyectos de reformas de los últimos años y trabajar sobre sus limitaciones.

No se trata de un ejercicio carente de sentido práctico, dada la expectativa general de reforma del código y la evidencia de que no se concreta; así como también porque el régimen que lo sustituya deberá evitar caer en los mismos errores.

Tomar una decisión sobre el punto representaba enfrentar la dispersión que caracteriza el tratamiento del tema que aquí interesa, muy dificultoso para sistematizar.

Finalmente opté por un punto de partida que ilustre sobre el consenso existente actualmente en la materia y, a posteriori, un abordaje liminal (quizás no tan atractivo como otros, pero sí más sistemático) sobre las penas de los delitos básicos.

Sobre lo primero la nota que sobresale da cuenta de un panorama sombrío.

Basta como prueba la lectura de unos párrafos de un certero prólogo que seguramente recordarán²:

Allí se dijo:

“A diferencia de lo que sucede con las investigaciones atinentes a la estructura del delito, la literatura jurídica nacional evidencia una notable desproporción cuantitativa con respecto a obras científicas que se ocupen de la teoría de las consecuencias jurídicas-penales del ilícito. Existen, desde luego, además de las obras generales, investigaciones particulares de excelente factura sobre tal o cual problemática puntual, pero muy pocas que aborden globalmente esta cuestión”.

Luego expresa:

“Esta carencia es muy preocupante”.

Luego reconoce el diálogo que existe entre la dogmática y la aplicación efectiva de las normas jurídicas, en los siguientes términos:

“Es que la falta de estos trabajos, por un lado, priva a los operadores jurídicos (jueces, abogados, fiscales, funcionarios penitenciarios) de una visión rigurosamente actualizada que problematice con mayor aliento con que lo hace un libro de parte general del Derecho Penal, las cuestiones prácticas que entraña el proceso de determinación y ejecución de una pena o de una medida de seguridad”.

No conforme con lo dicho, sigue:

² Me refiero al del Dr. José D. Cesano, Sub Director del Instituto, en el exordio que realizó a FLEMMING y LÓPEZ VIÑALS (2009).

“Pero, además, se priva al legislador de una visión global de esta temática: ausencia grave por cuanto sólo a partir de un riguroso conocimiento dogmático sobre las instituciones vigentes se puede diseñar o proponer a la discusión parlamentaria un nuevo sistema (o enmiendas razonables al vigente) respecto de las consecuencias jurídico-penales del delito”.

Dichos conceptos corroboran lo sostenido por DONNA (Parte Especial III: 462):

“Se insiste, por parte de nuestros legisladores, en dictar leyes penales sin una consulta previa a las universidades y sin ver los efectos mediatos de la reforma, llevados, por decirlo de alguna manera, por impulsos reformistas parciales, cuando en esta materia es necesario un análisis de toda la legislación penal y su posible reforma, dentro de una lógica o sistema de política criminal”.

Finalmente acudo otra vez a las pruebas, esta vez consultando al jurista penal más reconocido en el mundo.

Roxin expresó en el Prólogo en español del T I (1991): En un segundo tomo se discutirán “.....la medición de la pena y el sistema de sanciones”.

Muchos esperamos la gran tarea, pero luego de 12 largos años, en el prólogo del 2002 (1° versión alemana, 2003) del T II, para explicar porque no toca el tema, entre otras razones, dijo:

“...hoy en día una exposición realmente a fondo de las consecuencias jurídicas penales del delito requiere un saber propio del experto criminólogo”.

La doctrina ha quedado sin su aporte y múltiples interrogantes brotan de su afirmación: ¿sólo el saber criminológico es el que está faltando?, ¿no se sabía eso ya al tiempo de preparación del T I?, ¿es válido el planteo recién al final de la exposición?, ¿como dogmático, la limitante le impedía desarrollar el tercer tomo?, ¿implica reconocer una ciencia del delito sin teoría solvente sobre la pena?

Así las cosas, estamos frente a un supuesto de ausencia de teoría en la dogmática de la parte general y especial³ que domina las aulas de formación y capacitación.

Véase este modesto trabajo (que nada tiene del carácter científico que Roxin hoy exige) como un paso para contar con un marco descriptivo que complete los aislados esfuerzos dogmáticos que se conocen hasta el momento, y a partir del cual continuar futuras líneas de investigación.

II. Sobre los tipos de penas

La precisa definición de los elementos de la respuesta estatal a cada delito resulta ineludible.

Resulta evidente que la enumeración del art. 5 es totalmente limitada y emerge la importancia de contar con un listado completo de tipos de penas, esto es de un catálogo de descripciones conceptuales de las respuestas que el Estado mediante la ley prescribe con carácter sancionatorio y resocializador respecto de quien ha cometido un delito.

En materia del estudio de las penas el intérprete se las tiene que ver con muchas más relaciones que las que plantea el análisis de dicha norma o de un tipo particular. La

³ “Lo mismo se aplica a una teoría que quiere exponer el Derecho sin las condiciones para su realidad: tampoco allí hay “suficiente teoría”, pues la ciencia del Derecho no trata de entequeias normativas, sino del Derecho en los conflictos de una praxis que no se puede escamotear, sino que se ha de informar con la teoría” (JAKOBS, 2008:106).

determinación de la pena, básicamente implica la identificación de la constitución de tipos de penas, mediante la selección de diversas especies, cantidades y modalidades de asignación, que suelen estar en diversos artículos.

A la vez el objeto de estudio se conecta con otras estructuras del CP: con la pena diferenciada de la tentativa y del delito imposible, con la pena diferenciada de la participación y ciertas equiparaciones como la sanción del inductor con la del autor⁴; en el caso de la participación, se destaca que también convive con las pautas excepcionalmente establecidas para ciertos supuestos en la Parte Especial, que contemplan parámetros alternos; también con el régimen de la extinción de las acciones y de la pena, esencialmente estructurado en base al transcurso de cantidades de tiempo. Fluyen, con independencia de la especie, relaciones con lo numérico, con escalas de gravedad como la que impone el art. 279 incs. 1º y 2º, cómputos temporales, conversiones, disminuciones, aumentos, etc.⁵ Aparenta ser una nueva manera de hacer dogmática, inescindible del procesamiento de cantidades y demás datos, cuya identificación se complica frente a las múltiples reformas de tipos y escalas que el Código ha padecido a lo largo de la historia con la sucesión de dictaduras y democracias.

Deben reconocerse, sin embargo, distintos esfuerzos en tal sentido. Por un lado, con motivo del estudio de fórmulas de sistemas penales extranjeros, como el español, que requieren, dentro de la escala, “complejas operaciones aritméticas para fijar la pena concreta”. Así Viada, en 1901, recordado por SOLER (II: 418), produce una obra que “parece una tabla de logaritmos”. Presenta 142 cuadros que “contienen todas las combinaciones posibles, que resultan complejísimas”. Es cierto que el ejercicio se corresponde con la determinación de la pena concreta (audiencia de visu⁶ mediante), pero no debe dudarse que una tarea mucho más compleja tiene el legislador en un momento anterior al judicial, cuando debe fijar los mínimos y máximos de los básicos, y especialmente de sus calificados, mediante elucubraciones que deben computar aquellas circunstancias (las contenidas en las tablas de Viada) y muchas otras más. Es en esta instancia donde las penas se determinan en abstracto. Se fijan mínimos, máximos, rangos; se identifican especies de penas, y se las asigna de diversos modos. En esta instancia es que los delitos se clasifican por su gravedad, y se supone que en consecuencia, respecto de situaciones fáciles de distinguir como de otras en la que dicha tarea resulta ser muy compleja y la duda es suplida por decisiones muchas veces arbitrarias, se fijan las sanciones que les corresponden.

SOLER (II: 230) (y nota 2) hace gala de haber adquirido conocimientos matemáticos poco frecuentes entre los dogmáticos, para explicar con la simbología específica el mecanismo de determinación de la pena legal de la tentativa (CP, arts. 42 y 44), tomando como ejemplo al homicidio simple (CP, art. 79). Así es que, en base a su concepción en la materia, calcula cuánto es 25 años menos un tercio (1/3). La operación le da 16 años y 8 meses, a secas. El método utilizado por el jurista sin dudas se destaca frente a las explicaciones

⁴ Sobre la que un sector de la doctrina con razón se pregunta si al “parificar sus escalas”, por más que el juez pueda diferenciar las respuestas en atención al grado de intervención de cada uno, el legislador “¿no lesiona el principio de proporcionalidad?” en tanto “regla de dosificación intrasistemática” (RUSCONI, 2022: 4). Si ello ocurre “al menos en algunos de sus casos”, según Sánchez-Vera (RUSCONI, 2022: 5 nota 16) el problema se concentra en el idéntico mínimo.

⁵ Es por ello que MORILLAS CUEVAS (1995), analizando el CP del Reino de España, sostiene que el legislador, en procura de la racionalidad punitiva, ha generado “un sistema de dosimetría o aritmética penal”. Dicha afirmación tomada con rigor da pie para pensar que, precisamente en el campo de las respuestas penales, no regiría la aritmética común.

⁶ Sobre la audiencia de visu prevista en el art. 41 2. del CP, puede consultarse VÁSQUEZ (2019).

tradicionales que sólo usan palabras para hacerlo⁷ sin íconos adicionales para representar al tercio, al igual, a la mitad, la suma, y la división. Lo que curiosamente no advierte es que 25 no es divisible por el número 3, y en consecuencia, al calcular el tercio, al que alude el art. 44 en función del 42 del CP, emergen los “decimales”, larga serie de dígitos relativos a una pena de los que su dogmática debe hacerse cargo (por más que molesten). Las reformas hacen uso de tales parámetros, aunque con inusitada discrecionalidad. La llamada ley N° 17.567, publicada en el BON del 12 de Enero de 1968, expone en sus fundamentos y lo prescribe en el art. 3º, que en relación a las penas pecuniarias que quedaron desactualizadas, sin más, se dispuso el correctivo de multiplicar por 100 los mínimos y por 200 los máximos de las penas existentes (Soler II:387). La cantidad legal en penas más modernas, que aluden a “dos a cinco veces el monto o valor del dinero, dádivas, beneficios indebidos o ventaja pecuniaria ofrecida o recibida” (CP, art. 259 bis), muchas veces requiere una pericia para su determinación.

Quien emprende su estudio sistemático para detectar irracionalidades, leyes mal meditadas (Moreno 1908:258) o bien cualquier intento de reforma, se encuentra con un castillo de naipes constituidos por escalas, especies y modalidades de asignación, que no pueden ser considerados o pensar en modificarlos sin mirar para todos lados. Si la desproporción ya viene dada en el objeto del cotejo la postulación de nuevos parámetros está predestinada a un claro error. Salir de la interconexión exige un profundo análisis, que va mucho más allá de una compulsión de números.

En dicho marco se torna necesario superar la fase de la identificación y, con posterioridad, la más compleja del análisis e ineludible comparación. En ciertos casos la dogmática de la pena genera a la dogmática del delito la necesidad de mayor precisión en análisis que hasta ahora ha venido desarrollando sobre los tipos (v.g.: con motivo de la expresión legal “en su caso” del art. 84).

La doctrina tiene dicho, desde hace mucho tiempo (GRISPIGNI, 1947, citado por NÚÑEZ, III: 17), que “la labor sistemática de la Parte Especial no marcha a la par de la desarrollada en la Parte General”. Hoy se puede afirmar que en los últimos vagones del mismo tren sin dudas van los estudios relativos a los tipos de penas.

Su determinación debe precisar los elementos que los componen, a saber:

- a) La especie de sanción que representa las relaciones con carácter represivo y resocializador que el autor del delito debe padecer. La misma no está constituida por naturaleza o sustancia alguna. La composición relacional que la representa contiene para la pena privativa de la libertad el conjunto de acciones que giran alrededor de la pérdida por parte de aquél del derecho de circular, de vivir según su propio plan de vida y del encierro por un tiempo. Para la inhabilitación las que hacen al conjunto de prohibiciones que impiden el ejercicio de ciertos derechos. En cuanto a la multa, todo lo concerniente al pago de una suma de dinero.
- b) La modalidad utilizada para expresar el mecanismo de asignación de la o las especies principales comprendidas; puede ser única, alternativa o conjunta;
- c) La magnitud prevista, comunicada en función de la especie:
 1. respecto de la privación de la libertad: mediante una escala integrada por un mínimo, un máximo y un rango⁸, o bien su imposición con carácter perpetuo.

⁷ Y no los números llamados arábigos —pero que tienen origen hindú— (HARARI, 150).

⁸ El rango es producto de la siguiente operación: $R = (\text{máximo} - \text{mínimo})$.

La unidad de medida utilizada en la investigación aquí presentada para cuantificar las variables relacionadas con la pena privativa de la libertad, es el día⁹, que, como tal, es la unidad más perceptible por el hombre común, y por otra parte, es la única que permite obtener con la mayor precisión posible los límites de una pena conminada, cuando el legislador la define mediante categorías como "un tercio", la "cuarta parte", la "mitad", aunque en ciertos casos ello no impide la generación de decimales.

En este terreno, debe advertirse, la ley se maneja con unidades (días, meses, años) y con cantidades que, en la mayoría de los casos, han sido receptadas de legislaciones o proyectos del siglo pasado. En dicho marco, al día de hoy no se repara demasiado en la significativa modificación de las condiciones de vida (entre los que debe incluirse el factor longevidad) en la segunda mitad del siglo XX y en lo que concierne al XXI, por lo menos, en las grandes urbes, y su efecto sobre la utilización del tiempo por parte del ser humano que es amenazado y castigado con dichas extensiones (MESSUTI DE ZABALA, 1989:42, y ZAFARONI, V:115, con cita de Musco).

1. Respecto de la multa: expresada en la moneda de curso legal en la República Argentina, o bien mediante la alusión a porcentajes de o "veces"¹⁰ el monto o valor en pesos¹¹ de bienes, operaciones o enriquecimiento.

2. Respecto de la inhabilitación: especial o absoluta o respecto de alguna actividad determinada (v.gr.: desempeño de un cargo público, portar armas, ejercer la profesión de medicina, tareas de seguridad privada) –escala-, perpetua, por el doble tiempo de la condena o por el triple tiempo.

Las penas estrictamente únicas son aquellas compuestas por una sola especie y cantidad. A los delitos básicos se encuentran asignadas en un 51%.

⁹ Para facilitar la lectura de las medidas se inserta una tabla de valores expresados en días y en años y meses: 365 (1 año), 456 (1 año y 3 meses, en adelante 1.3), 486 (1.4), 547 (1.6), 608 (1.8), 730 (2), 912 (2.6), 973 (2.8), 1095 (3), 1216 (3.4), 1368 (3.9), 1460 (4), 1825 (5), 1946 (5.4), 2190 (6), 2281 (6.3), 2433 (6.8), 2735 (7.6), 2920 (8), 3650 (10), 3893 (10.8), 4380 (12), 4562 (12.6), 4866 (13.4), 5475 (15), 5840 (16), 7300 (20), 9125 (25), 10950 (30), 14600 (40), 18250 (50).

¹⁰ En el sentido de cantidad que se da. Así por ejemplo en el art. 259 bis en función del 258 bis cuando se asigna una multa de dos a cinco veces el monto o valor del dinero, dádiva, beneficio indebido o ventaja pecuniaria ofrecida o entregada. La ley dice "de" y no "en". Como toda pena se concentra en un momento u oportunidad (el estipulado por la condena), por lo que el giro gramatical de la ley no puede interpretarse como que el tipo de pena permite que se pueda pagar en cuotas. Ello sin perjuicio de lo establecido en el art. 21 últ. párrafo del CP, en virtud del cual en el proceso de individualización judicial el tribunal "podrá" autorizar al condenado a pagarla de dicho modo, fijando "el monto y la fecha de los pagos, según la condición económica del condenado".

¹¹ Cuando los tipos de penas así lo estipulan deberá ser instrumentada mediante una transferencia bancaria a una cuenta judicial designada al efecto. No basta con prescribir que se debe pagar la cantidad de dinero que determinare la sentencia, como lo hace el art. 21 1º pár.. La multa no se puede pagar en especie o en moneda extranjera o mediante la entrega de títulos valores. Para que tales opciones procedan deben estar expresamente previstas en el tipo de pena. Ello sin perjuicio de lo establecido por el art. 21 pár. 3º del CP, en virtud del cual, en el proceso de individualización judicial el tribunal, antes de transformar la multa en prisión ("que no excederá de año y medio") (art. 21 pár. 2º), "podrá" autorizar al condenado a "amortizar la pena pecuniaria, mediante el trabajo libre, siempre que se presente ocasión para ello".

Las penas conjuntas se caracterizan por conjugar dos o más especies con sus respectivas medidas. A los delitos básicos se encuentran asignadas en un 30%.

Por último, la pena alternativa, asignada a básicos, es la que mayor reflexión concita¹².

En el sistema del Código como se observa no tiene una posición destacada. La modalidad que absorbe la mayor cantidad de casos, paradójicamente, resultar ser la que impone una opción judicial entre sanciones de semejante composición relacional (reclusión o prisión), que bien podría conceptuarse como pena única.

Se considera como pena alternativa a la opción entre la reclusión y la prisión cuando la disyuntiva es exclusiva, es decir, cuando no existe la posibilidad de optar por otra especie de sanción contenida en la misma pena. En cambio, cuando aquellas forman parte de uno de los extremos de una pena que contiene sanciones de diversa naturaleza, la opción entre ellas, a los fines de la alternatividad, no es considerada central, y por lo tanto, a ésta se la tiene como privativa de la libertad contenida en uno de los extremos de la opción real.

ZAFFARONI (V: 84) señala que las penas alternativas son paralelas cuando cambia la calidad, y no lo son cuando la opción comprende la especie y la medida de la pena. Como ejemplo de la primera cita a la “reclusión o prisión”, y de la segunda a la “prisión o multa”¹³.

La pena alternativa resulta ser transitoria, ya que termina siendo, al tiempo de la individualización judicial, única o conjunta, dependiendo de los extremos que la ley le da al juez elegir. En el primer supuesto, v.gr.: la tan frecuente prisión o reclusión. En el segundo, v.gr.: la prevista en el art. 94 del CP. Por esta vía debe entenderse que una u otra tienen equivalente valor¹⁴. Es decir, representan por medio de distintas especies y cantidades la misma intensidad en la sanción. Si la de prisión -escala- o multa -escala- e inhabilitación especial -escala- (art. 94) se entiende queda en esta categoría (y se descarta que sea una pena conjunta) podría establecerse que un mes a tres años de prisión valdrían lo que significa una multa de mil a quince mil pesos más la inhabilitación especial de uno a cuatro años. Nada, salvo la irracionalidad, autoriza pensar que el legislador ha puesto en cada opción una sanción ni mayor ni menor.

La alternatividad real se presenta solo cuando las opciones de las que dispone el juez comprenden distintas penas o cuando el aspecto cuantitativo de aquéllas señala una diferencia significativa¹⁵. Es decir, la verdadera alternatividad debe representar una opción entre penas de diversa composición relacional o entidad. La alternatividad real será dinámica cuando comprenda dichos factores en la etapa de la ejecución de la pena.

No resulta fácil justificar la finalidad del legislador cuando ha previsto penas alternativas que sólo difieren en aspectos secundarios. Esto revela una falta de claridad respecto de la función que la alternativa puede cumplir en el sistema penal. Ahora bien, tampoco resulta muy explicable la previsión de una alternatividad real que implica la posibilidad de sanciones extraordinariamente diversas, respecto de casos penales supuestamente semejantes, como son todos los captados por el mismo tipo penal. Esto indica que el legislador está

¹²NÚÑEZ (II: 366, con cita de Herrera) señala que la alternatividad o el paralelismo de las penas pretende mejorar el proceso de individualización, “consultando principalmente los móviles delictuosos y la individualidad del agente”.

¹³ La doctrina adopta distintos puntos de vista sobre la cuestión y no siempre lo hace con claridad.

¹⁴ A diferencia de la modalidad “conjunta” en la que sus extremos de diversa composición relacional forman parte de una operación de complementación parecida a la suma.

¹⁵ Entre los delitos atenuados se destaca la asignada por el art. 81 para el homicidio en estado de emoción violenta y el homicidio preterintencional: “reclusión de tres a seis años o prisión de uno a tres años”, de difícil justificación racional.

utilizando una técnica inapropiada al momento de definir los tipos penales, o bien, que a los mismos les corresponde otra modalidad represiva.

En el actual Código, la pena alternativa con una opción real ha sido ignorada por el legislador, y —lege ferenda— obliga a reflexionar sobre ¿cuál es la finalidad que esta modalidad debe tener? No se trata exclusivamente de permitir aplicar una u otra pena de distinta composición relacional o entidad (alternatividad estática), sino de darle al juez de la imposición y/o de la ejecución la posibilidad de sin salirse de la legalidad adecuar progresivamente la sanción al hecho castigado y a las circunstancias personales del individuo (alternatividad dinámica). En este caso, la opción en un determinado momento de la ejecución, posterior a la amenaza y a la imposición, implica la sustitución de una especie por otra.

La modalidad de asignación de la pena (conjunta, única o alternativa) emerge como un indicador concreto que el intérprete debe considerar para identificar la finalidad de aquélla, cercana a un polo retribucionista o a un polo correccionalista del sistema general de las penas. En efecto, tanto la pena única como la conjunta facilitan la identificación de la pena como amenaza, mientras que la modalidad alternativa (con el alcance fijado en este trabajo) aspira a su mejor adecuación en el caso concreto, sin que aquéllas queden fuera de tal derivación.

Los distintos supuestos de penas alternativas identificados no tienen su origen en el catálogo de penas únicas que el Código contempla, inclusive, no deja de llamar la atención que éste no prevea alternativas elementales, vgr: entre la multa y la inhabilitación. La inhabilitación tampoco está prevista como alternativa de la pena privativa de la libertad. En general, se evidencia una falta de racionalidad en su asignación, lo cual es una muestra de que cuando el legislador se ha preocupado por construir un sistema de sanciones, lo ha hecho para aumentar la gravedad de las mismas (mediante las penas conjuntas o más cantidad), y no para permitir mayor discrecionalidad judicial en el momento de su individualización frente a un caso concreto. Dicha tendencia represiva se evidencia también en las penas alternativas previstas, ya que la cantidad de pena de prisión o reclusión asignada en ellas se destaca, frente a los valores observados en las restantes modalidades punitivas. Así, el máximo más frecuente de la pena privativa de la libertad asignada de un modo conjunto es el de 6 años (en este punto se debe considerar que al ir acompañada de otra tiene un peso diverso, es decir, su entidad debe computarse globalmente), el de la pena única de prisión el de 4 años, y el de las opciones en una pena alternativa es de 10 años.

La alternatividad que en algunos proyectos ilumina sólo las últimas fases de ejecución de la casi exclusiva pena única, y que mantiene sin reformas en la Parte Especial del Código Penal de la República Argentina, no pareciera estar inspirado en el favorecimiento de la previsión de la alternatividad real.

A los tipos básicos se encuentran asignadas en un 18 %.

III. La dimensión teórica de los delitos básicos. Breve análisis.

A) Finzi

Se le debe reconocer a Marcelo Finzi uno de los primeros esfuerzos por sistematizar los criterios de configuración de los tipos delictivos de la Parte Especial, lo cual resulta crucial a los fines de identificar por un lado los básicos, y por el otro los calificados.

Cita a Carrara cuando, con la terminología de su tiempo, dice: "...yo sigo creyendo imposible una enumeración completa de agravantes comunes o de diminuentes comunes a todos los delitos. Ciertas circunstancias serán agravantes en un delito, y podrán no serlo o

volverse diminuyentes en otro delito... Una enumeración de las disminuyentes y agravantes hecha por el Código sería un desideratum para la ciencia; pero creo imposible alcanzarlo por otra vía que por la de una enumeración especial en cada género de delito” (Programa & 2095 y 2132) (FINZI, 1947: 16).

Postula diferenciar entre “circunstancia del delito” que motiva mayor o menor pena (conocidas como agravantes y atenuantes, expresiones que prefiere evitar), del “título del delito”, que lo describen de un modo cabal (básico).

La doctrina, si bien ha valorado su esfuerzo, no lo ha receptado en los esquemas de pensamiento que con posterioridad ha desarrollado.

B) Sobre los básicos

El presente estudio se encuentra centrado en la pena de los delitos básicos, distinguiendo los que representan ofensas a bienes individuales de los ataques a bienes sociales. Se enfoca en inflexibles escalas abstractas asignadas por el legislador, quien tras ellas supone un universo de situaciones y pormenores que procura ponderar.

La elección tiene su razón en la circunstancia de que, en principio, contienen los rasgos esenciales de las acciones castigadas, materia que reviste singular importancia si reparamos en que la correcta definición y organización de los tipos delictivos permite reducir las irracionalidades en las respuestas penales conminadas. La cuestión, que excede a los problemas vinculados a la técnica legislativa utilizada, contiene el debate sobre los lineamientos de política criminal adoptados por el sistema seleccionado para examinar.

En primer lugar corresponde recordar que los tipos básicos no son mayoría en el sistema del Código.

En efecto, resulta que de la cantidad de hipótesis delictivas identificados en nuestra investigación, existe un 55% que son calificadas, un 37% básicas, y alrededor de un 8% son privilegiadas.

En sí misma, pareciera que dicha circunstancia no es suficiente para sustentar enunciado serio alguno.

Pero ¿es razonable que en la Parte Especial del Código existan más hipótesis agravadas que básicas?. La comparación numérica, es cierto, no puede generalizarse. Así por ejemplo, los tipos calificadas de homicidio (12 incs. del art. 80) tienen en relación al homicidio simple (art. 79) una proporción evidentemente mayor al promedio del Código. El hurto simple (art. 162) es sucedido por una multitud de calificantes (arts. 163, 163 bis, 167 ter). En otros casos, por ejemplo, distintas formas del libramiento de cheques punible, no las tienen (art. 302).

Ahora bien, todo indica que una razonable sistematización de los tipos penales básicos y calificadas conduce a resultados diferentes, especialmente respecto de la pena, que puedan ser compaginados con una teoría aceptable. El Código Penal de la Nación Argentina pareciera estar lejos de dicha situación.

El estudio busca determinar las directrices que han quedado plasmadas en el sistema legal, y las bases que permitan proponer su modificación.

IV) Reglas sobre la pena de la Parte General del Código

En la Parte General son más visibles las relativas a los delitos calificadas (arts. 20 bis, 22 bis, 41 bis, 41 ter, 41 quater, 41 quinquies¹⁶) y existen limitadas pautas político-criminales destinadas específicamente a los básicos. En más de una ocasión son aplicables tanto a los tipos de penas abstractas de unos como a otros (arts. 19, 20, 44, 45 a 48, 54, 55, 56, 62,

¹⁶ conforme LN N° 27.739 (BON del 15/3/24).

65), y salvo los dos primeros (relativos a la inhabilitación) no introducen concepto alguno, así por ejemplo respecto de la prisión, como de la reclusión.

El Título 2 “De las penas” contiene mayoritariamente previsiones que hacen a su ejecución o de cuestiones conexas con la condena, asuntos que en el presente trabajo no son objeto de atención.

Por otra parte se contemplan reglas que tratan sobre su prescripción (Título 10).

En dicho escenario de carencias, sin embargo, dos fórmulas requieren específicos análisis:

- 1) El art. 57 que, en función del art. 56, establece un orden de “gravedad relativa” de las penas, que en definitiva remite al art. 5, y que por distintas razones merece ser revisado: “reclusión, prisión, multa e inhabilitación”, particularmente porque no capta la multiplicidad de tipos de penas existentes en la Parte Especial del Código.
- 2) en el marco del Título 5: “Imputabilidad”, en su art. 35 se dispone: “El que hubiere excedido los límites impuestos por la ley, por la autoridad o por la necesidad, será castigado con la pena fijada para el delito por culpa o imprudencia”.

La doctrina hace tiempo lo ha identificado como un caso de “delito sin pena”, cuando el autor hubiere excedido los límites impuestos por la ley, por la autoridad o por la necesidad (art. 35) y no hay delito culposo previsto en el Código y consecuentemente pena determinada para aplicar la remisión legal. Las dificultades que tuvo el legislador para hacerlo lo condujo a contrariar el precedente italiano del que se valió para proyectarlo y generó la laguna que persiste hasta al día de hoy (ZAFFARONI, III: 642, 645 y 647).

V) Estructura de la Parte Especial

La Segunda Parte del CP está integrada por Títulos, dentro de los cuales pueden observarse distintos capítulos que agrupan, se predica, aspectos del mismo bien jurídico que se protege mediante una selección de figuras penales (como ocurre con el 1), o bien, en algunos casos (el 2 o el 3), lisa y llanamente una seguidilla de artículos (en ciertos casos ubicados con arbitrariedad) que contemplan diversos delitos.

Se supone que en dicha estructuración rige una relación entre lo general (tipo básico) y lo especial (tipo calificado o atenuado). Tal entendimiento no siempre puede observarse de manera clara en el texto de la ley penal, y de este modo, resulta dificultoso determinar frente a qué tipo (de aquéllos, o algún otro) el intérprete se encuentra.

En el presente estudio se tiene por “básico” al tipo que contempla los elementos centrales del injusto, el núcleo de la acción delictiva. Cuando a dicha plataforma conceptual el legislador, manteniendo los originales, adiciona elementos que conducen al aumento de la pena, se está frente a un “calificado”. Si el elemento agregado deriva en la reducción de la pena prevista para el básico, se está frente a un “atenuado”.

Excepcionalmente, la doctrina (JESCHECK, 241; ROXIN, I: 338), por fuera de dicho esquema, también reconoce estructuras típicas que han adquirido especificidad. Se trata de casos en que los elementos que las erigen proceden de otras figuras pero que han sido combinadas de tal manera por el legislador que se han emancipado. Son denominados “tipos autónomos” (o *delictum sui generis*): el homicidio culposo o el robo, valen como ejemplos.

Establecidas las características de todas las hipótesis delictivas ubicadas en la Parte Especial del Código Penal es objeto del presente estudio identificar las penas principales

que tienen asignadas. En esta ocasión me concentraré en los tipos básicos (que incluyen a los autónomos *strictu sensu* (tipos aislados) y a los que resultan acoples de dos figuras (los tipos a los que aluden Jescheck y Roxin). No quedará comprendido el estudio de las circunstancias del delito (“derivaciones típicas” (ROXIN, I: 338) que generan agravantes o atenuantes), ni las circunstancias agravantes o atenuantes particulares a cada caso previstas en los arts. 40 y 41, ni las penas llamadas “complementarias” (arts. 20 bis y 22 bis), ni los llamados “tipos agravados” de la Parte General (arts. 41 bis, 41 quater, 41 quinquies¹⁷), ni las reducciones previstas en el art. 41 ter, ni las reglas de determinación de la pena del art. 279 inc. 1 y 2 (en el sentido que les otorga ROXIN, I: 339), ni las del art. 306 .3 (aplicación de la escala del delito que se financia), ni las sanciones accesorias, ni a las normas insertas en la Parte Especial que determinan supuestos de no punibilidad del aborto (art. 86), ni la regla-excepción en materia de prueba de la verdad de la imputación injuriantes (art. 111), ni la exclusión de responsabilidad penal (art. 115), ni al art. 117 (retractación en caso de injurias y calumnias), ni al art. 185 (entre los delitos contra la propiedad), ni a las sanciones a las personas ideales (art. 304).

VI. Breve síntesis de lo que presentaré

Sobre el total de casos considerados hipótesis de delitos básicos un 35 % afectan a bienes jurídicos individuales, y el resto (65 %) a delitos sociales.

13 son los distintos tipos de penas identificados en el primer grupo, mientras que 32 en el segundo.

De todas las hipótesis contra los bienes individuales se estudiarán cinco grupos (contra la vida, un breve análisis sobre el art. 117 bis entre los delitos contra el honor, así como contra la integridad sexual, la libertad y la propiedad).

De todas las hipótesis contra los bienes sociales, se estudiarán cuatro grupos: contra la seguridad pública, los poderes públicos, la administración pública, y la fe pública.

VII. Las penas abstractas asignadas a los básicos contra bienes individuales

La pena abstracta constituye la respuesta estatal que puede merecer el autor del delito teniendo en cuenta la diversa intensidad con la que cada injusto culpable afecta al bien jurídico tutelado y la meta resocializadora aplicable al caso.

Entre los básicos contra bienes individuales aquí preferentemente estudiados se identifican las siguientes:

PRISIÓN

prisión -escala- (art. 83)

RECLUSIÓN O PRISIÓN

reclusión o prisión -escala- (art. 79).

PRISIÓN E INHABILITACIÓN

-prisión -escala- e inhabilitación especial -escala- (art. 144 quinto)

-prisión -escala- e inhabilitación especial perpetua para desempeñarse en cargos públicos e inhabilitación especial perpetua para tener o portar armas de todo tipo (art. 144 cuarto inc. 4º, en función de los incisos 1º y 2º primera hipótesis)

-prisión -escala- e inhabilitación especial por doble tiempo del de la condena (art. 85 bis)¹⁸

¹⁷ Conforme LN N° 27.739 (BON del 15/3/24).

¹⁸ La ley refiere “Será reprimido o reprimida...” a tal tipo de pena.

-prisión -escala- e inhabilitación absoluta y perpetua para el ejercicio de cualquier función pública y para tareas de seguridad privada (art. 142 ter 1º pár.)

RECLUSIÓN O PRISIÓN E INHABILITACIÓN

-reclusión o prisión -escala- e inhabilitación absoluta y perpetua (art. 144 tercero inc. 1º)
-reclusión o prisión -escala- e inhabilitación especial por doble tiempo (art. 143).

PRISIÓN Y MULTA

prisión -escala- y multa -escala- (art. 175 bis)

PRISIÓN O MULTA E INHABILITACIÓN

prisión -escala- o multa -escala- e inhabilitación especial -escala- (art. 94)

Aprovecho y deslizo un breve comentario.

La estructura del tipo de pena correspondiente al art. 94 merece ser considerada como ¿una conjunta o una alternativa?. La ley determina sin comas: prisión -escala- o multa -escala- e inhabilitación especial -escala-. Qué lectura resulta ser la más correcta: (prisión) o (multa e inhabilitación), o lo que gramaticalmente corresponde entender es una oración compuesta por dos tramos: (prisión o multa), como primer elemento, (e inhabilitación), como segundo enlazado? En el primer caso sería una alternativa. En el segundo, una conjunta. Ahora bien, agrego complejidad al análisis: hasta tanto una reforma aclare la cuestión, cómo se interpreta respecto de las reglas de la prescripción de la acción (CP, art. 62).

El art. 62 establece que aquélla ocurrirá “durante el tiempo fijado a continuación”, y enumera distintos incs. entre los que se encuentra el 2º que expresa: “...después de transcurrido el máximo de duración de la pena señalada para el delito, si se tratare de hechos reprimidos con reclusión o prisión...”.

El art. 94 sin dudas contempla un hecho reprimido con prisión, por lo tanto encuadra en la exigencia, se trate de una conjunta o de una alternativa. Y no corresponde aplicar el inc. 4º del art. 62 puesto que es para casos reprimidos “únicamente” con inhabilitación temporal. Ahora bien cuál es el máximo de duración que se debe computar en función del art. 62 inc. 2º: el de la prisión o el de la inhabilitación. Las dos especies tienen distintas duraciones, siendo la mayor la de menor gravedad. La respuesta indica que la extensión de la segunda (la inhabilitación hasta cuatro años) es la que determina el máximo de duración de la pena señalada para el delito¹⁹.

¹⁹ La tesis ha sido expuesta en dicho sentido por LASCANO (2007:221) por ser “la pena de mayor término de prescripción, porque de ella depende la mayor subsistencia de la acción penal”. La misma fue receptada en la causa “Erausquin, Tomas Ignacio y Machain, Roberto Marcelo S/ Recurso de Casación”, resuelta por mayoría de la Sala I del Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires, con fecha 8 de Febrero del 2022, bajo el número RS-58-2022, con cita de precedentes de la CNCP. También es la postura del Fiscal en el caso S., R. A. s/ extinción de la acción penal – prescripción, resuelto por la Sala I de la CNCrim. y Correc., el 31/08/2023, publicado en Revista de Derecho Penal y Criminología, Año XIV, N° 2, Marzo 2024, pág. 26, con ilustrativa nota de todas las posiciones que se conocen sobre el tema, de Santoianni, Juan P., El plazo de prescripción de la acción penal de los delitos reprimidos con penas conjuntas, mediante la que con argumentos propios adhiere al fallo que comenta (que sostiene que es el máximo de la prisión el que debe tenerse en cuenta dado que es la especie más grave, circunstancia a la que el art. 62 inc. 2º no alude para nada) y disiente con quienes asumen la interpretación aquí tenida por correcta. El debate, debe aclararse, se mantiene sin advertir las dificultades que existen para sostener la hipótesis calificada y su correspondiente pena en el marco del art. 84 del CP que han sido marcadas en el trabajo “Las penas de los delitos calificados en el sistema del Código” publicado en este mismo Cuaderno. Pero, si tales dificultades legales fueran superadas, en su

MULTA

-multa -escala- (art. 99 inc. 1°)

-multa -escala- o exención judicial de la pena (art. 116, en función del 110)

MULTA E INHABILITACIÓN

multa -escala- e inhabilitación especial -escala- (art. 136 párrafo segundo)

A continuación presentaré los correspondientes a distintos grupos:

VII.1 Contra la vida: 6 tipos de penas

La mayor cantidad de casos tienen asignada:

PENA ÚNICA

prisión -escala- (arts. 84 primera hipótesis, 89, 104), y

PENA ALTERNATIVA

reclusión o prisión -escala- (arts. 79)

También se observan:

PENA ÚNICA

multa -escala- (art. 108)

PENA ALTERNATIVA (¿o conjunta?)

prisión -escala- o multa -escala- e inhabilitación especial -escala- (art. 94)

PENA CONJUNTA

-prisión -escala- e inhabilitación especial por doble tiempo del de la condena (85 bis), y

-prisión -escala- e inhabilitación especial -escala- (art. 84)

Pasaré ahora a examinar las medidas de la ley penal correspondiente a este Título.

Las mínimas de pena privativa de la libertad más frecuentes son:

ORDEN	DÍAS	%
1	365	36
2	30	13
3	91	10
4	1095	10
5	730	6

Los 5 valores restantes, comprensivos sólo del 25 % de los casos, son los siguientes: 4, 15, 182, 2920 Y 3650.

Por su parte, los máximos más observados son los siguientes:

fundamentación no advierte que el tipo calificado del homicidio culposo (art. 84), que da por válido, no estaría reprimido “en rigor” sólo con pena de prisión.

TABLA 2		
ORDEN	DÍAS	%
1	1460	26
2	365	13
3	1095	10
4	2190	10
5	182	10

Los 5 valores restantes, comprensivos del 31 % de los casos, son los siguientes: 120, 1825, 3650, 5475, Y 9125.

Los rangos observados en la pena privativa de la libertad asignada a un delito básico, se concentran alrededor de 15 valores diferentes.

Las medidas que se observan con mayor frecuencia, representativas del 46 % de los casos, son:

TABLA 3		
ORDEN	DÍAS	%
1	1095	26
2	1460	10
3	274	10

VII.2 Contra el honor

Aprovecharé la oportunidad para realizar un breve análisis del art. 117 bis, que se destaca por representar un nuevo caso de “delito sin pena”²⁰. Sí, como lo han escuchado.

En efecto, el inc. 1º derogado por el art. 14 de la LN N° 26.388 determinaba la pena de prisión de 1 mes a 2 años al que insertara o hiciera insertar a sabiendas datos falsos en un archivo de datos personales. La propuesta de supresión del inc. surgió en el H. Senado de la Nación²¹ y tuvo por fundamento la unificación de su texto con el del inc. 3º del art. 157 bis incorporado en virtud de aquélla, lo que supone una reubicación sistemática del tipo, que en lugar de encontrarse entre los delitos contra el honor ahora se lo tendrá entre los delitos contra la libertad y de este modo se resolverán discusiones jurisprudenciales sobre su alcance. Dicha modificación se planteó sin una lectura completa del art. 117 bis que en el inc. 2º, ya con defectuosa técnica legislativa, hacia depender la determinación de la pena del correspondiente tipo de la que se encontraba prevista en el primero. En el inc. 1º se decía que la pena será de prisión, y en el inc. 2º respecto de otro tipo que “La pena será de...”, dejándole al interprete un reducido margen para sostener que se refería a la prisión mencionada en aquél. Suprimido el inc. 1º el inc. 2º perdió toda posibilidad de conectar con norma legal alguna que supla el vacío relativo a la especie de pena y a la moda-

²⁰ La doctrina (CHICHIZOLA, 1994) supo identificar también una “pena sin delito” cuando el legislador actualizó la multa de uno que había sido derogado (VÁSQUEZ, 1995: 60).

²¹ Cfse. la comunicación de la media sanción de fecha 28 de Noviembre del 2007 a la H. Cámara de Diputados (Expte. 5864-D-06).

lidad de asignación. Se trata de un supuesto en el que por un claro error del legislador el tipo de pena no está totalmente integrado, falencia que no puede ser subsanada sin afectar los principios de legalidad, certeza y determinación.

El inc. 3 reproduce la falencia, al meramente establecer que: “La escala penal se aumentará en la mitad del mínimo y del máximo, cuando del hecho se derive perjuicio a alguna persona”.

A todo ello corresponde agregar que el art. 117 bis inc. 4, de conformidad a la reforma producida por la ley N° 25.326 del año 2000, se establece que “Cuando el autor o responsable del ilícito sea funcionario público en ejercicio de sus funciones, se le aplicará la accesoria de inhabilitación para el desempeño de cargos públicos por el doble del tiempo que el de la condena”. Sin embargo, el defecto que le precede torna inválido cualquier intento de aplicación de una calificante que carece de un básico con su correspondiente tipo de pena determinado.

En conclusión, los delitos básicos y calificado previstos en los incs. 2, 3 y 4 desde el año 2008 no tienen pena asignada por la ley.

VII.3 Contra la integridad sexual: 3 tipos de penas

PENA ÚNICA

prisión -escala- (art. 125 bis)

multa -escala- (art. 129)

PENA ALTERNATIVA

reclusión o prisión -escala- (119)

Las medidas mínimas de pena privativa de la libertad más frecuentes son:

ORDEN	DÍAS	%
1	1095	28
2	1460	14
3	365	14
4	182	14

Los 2 valores restantes, comprensivos sólo del 30 % de los casos, son los siguientes: 30 Y 120.

Por su parte, los máximos más observados son los siguientes:

ORDEN	DÍAS	%
1	2190	35
2	1460	28

Los 3 valores restantes, comprensivos del 37 % de los casos, son los siguientes: 365, 1095 y 3650.

Los rangos observados en la pena privativa de la libertad asignada a un delito básico, se concentran alrededor de 6 valores diferentes.

Las medidas que se observan con mayor frecuencia, representativas del 63 % de los casos, son:

TABLA 3		
ORDEN	DÍAS	%
1	1095	35
2	1278	14
3	730	14

VII.4 Contra la libertad: 8 tipos de penas

PENA CONJUNTA

- prisión -escala- e inhabilitación especial -escala- (art. 157)
- reclusión o prisión -escala- e inhabilitación especial por doble tiempo (art. 143)
- prisión -escala- e inhabilitación especial perpetua para desempeñarse en cargos públicos e inhabilitación especial perpetua para tener o portar armas de todo tipo (art. 144 cuarto inc. 4º, en función de los incisos 1º y 2º primera hipótesis)
- reclusión o prisión -escala- e inhabilitación absoluta y perpetua (art. 144 tercero inc. 1º)
- prisión -escala- e inhabilitación absoluta y perpetua para el ejercicio de cualquier función pública y para tareas de seguridad privada (art. 142 ter 1º pár.)

PENA ÚNICA

- multa -escala- (art. 155)

Este tipo de pena se destaca, en el caso del art. 155, según texto de la ley N° 26.388 del año 2008, por contener un rango que va de 1500 a 100.000 pesos.

- prisión -escala- (art. 150)

PENA ALTERNATIVA

- reclusión o prisión -escala- (art. 146)

Las medidas mínimas de pena privativa de la libertad más frecuentes son:

TABLA 1		
ORDEN	DÍAS	%
1	365	30
2	30	20
3	182	9
4	1095	7

Los 6 valores restantes, comprensivos sólo del 34% de los casos, son los siguientes: 15, 730, 1460, 1825, 2920 y 3650.

Por su parte, los máximos más observados son los siguientes:

TABLA 2		
ORDEN	DÍAS	%
1	1095	15
2	730	13
3	1460	11
4	182	9
5	365	9
6	5475	9

Los 6 valores restantes, comprensivos del 34% de los casos, son los siguientes: 91,1825, 2190, 2920, 3650, y 9125.

Los rangos observados en la pena privativa de la libertad asignada a un delito básico, se concentran alrededor de 15 valores diferentes.

Las medidas que se observan con mayor frecuencia, representativas del 56 % de los casos, son:

TABLA 3		
ORDEN	DÍAS	%
1	730	15
2	1460	11
3	335	9
4	548	7
5	1095	7
6	700	7

VII.5 Contra la propiedad: 5 tipos de penas

PENA ÚNICA

-multa -escala- (art. 175)

-prisión -escala- (art. 173)

PENA CONJUNTA

-prisión -escala- e inhabilitación especial -escala- (art. 176)

-prisión -escala- y multa -escala- (art. 175 bis)

PENA ALTERNATIVA

-reclusión o prisión -escala- (art. 168)

Las medidas mínimas de pena privativa de la libertad más frecuentes son:

TABLA 1		
ORDEN	DÍAS	%
1	30	37
2	730	18
3	182	10
4	15	10
5	1825	8

Los 2 valores restantes, comprensivos sólo del 17% de los casos, son los siguientes: 1095 y 365.

Por su parte, los máximos más observados son los siguientes:

TABLA 2		
ORDEN	DÍAS	%
1	2190	48
2	1095	16
3	365	15
4	3650	7
5	2920	6

Los 2 valores restantes, comprensivos del 8% de los casos, son los siguientes: 730 y 5475.

Los rangos observados en la pena privativa de la libertad asignada a un delito básico, se concentran alrededor de 10 valores diferentes.

Las medidas que se observan con mayor frecuencia, representativas del 80 % de los casos, son:

TABLA 3		
ORDEN	DÍAS	%
1	2160	30
2	1460	18
3	1825	13
4	913	10
5	350	9

VIII. Las penas abstractas asignadas a los básicos contra bienes sociales

Las penas examinadas expresan los “grados de desvalor jurídico que corresponden a la mayor o menor gravedad del contenido injusto de las conductas criminales”, al decir de Zaffaroni (2010: 361). En una apretada síntesis son:

Hay 7 tipos distintos entre los delitos contra la seguridad pública. 6 entre los delitos contra los poderes públicos. 24 entre los delitos contra la administración pública. Y 5 entre los delitos contra la fe pública.

No se trata sólo de mayor variedad en los tipos de penas. Resulta que la pena privativa de la libertad, sea como sea que se encuentra asignada, en los delitos contra bienes sociales tienen mayor entidad que con respecto a los individuales. Entre las primeras se destacan los seis meses y el año, seguidos de los tres años. Entre los segundos, las mayores frecuencias se observan alrededor del mes y del año.

Ahora se desplegarán todos los tipos de penas de los delitos contra bienes sociales. Son 32.

PRISIÓN

prisión -escala- (art. 190)

PRISIÓN E INHABILITACIÓN

- prisión -escala- e inhabilitación especial -escala- (art. 302)
- prisión -escala- e inhabilitación absoluta -escala- (art. 259)
- prisión -escala- e inhabilitación absoluta por doble tiempo del de la condena (art. 275, párrafos 1º y 3º)
- prisión -escala- e inhabilitación especial por doble tiempo (art. 223)
- prisión -escala- e inhabilitación especial perpetua (art. 268 (3))
- prisión -escala- y nota de infamia por el tiempo de la condena e inhabilitación perpetua para ocupar cargos públicos (CN, arts. 36 y 29, y supuesto del art. 226 párrafo primero del CP)
- prisión -escala- e inhabilitación especial para ejercer cargos públicos por el doble del tiempo que el de la condena (art. 252 pár. 2º)
- prisión -escala- e inhabilitación especial para conducir por el doble del tiempo de la condena (art. 193 bis)

PRISIÓN Y MULTA

- prisión -escala- y multa -escala- (art. 189 bis .2 1º pár.)
- prisión -escala- y una multa de dos a cinco veces el monto o valor del dinero, dádiva, beneficio indebido o ventaja pecuniaria ofrecida o entregada (arts. 258 primera hip., 256 bis 1º pár. y 259 bis)

PRISIÓN, MULTA E INHABILITACIÓN

- prisión -escala- e inhabilitación especial -escala- y una multa de dos a cinco veces el monto de la exacción (art. 266)
- prisión -escala- e inhabilitación especial perpetua para ejercer la función pública y una multa de dos a cinco veces el monto o valor del dinero, dádiva, beneficio indebido o ventaja pecuniaria ofrecida o entregada (arts. 258 bis y 259 bis)
- prisión -escala-, multa de dos a cinco veces del valor del enriquecimiento e inhabilitación absoluta perpetua (art. 268 (2))
- prisión -escala-, multa equivalente al monto de la operación, e inhabilitación especial de hasta cinco años (art. 307)
- prisión -escala-, multa de dos a ocho veces el valor de las operaciones realizadas e inhabilitación especial hasta seis años (art. 310)

PRISIÓN Y PÉRDIDA DE BENEFICIOS

- prisión -escala- y pérdida del beneficio concedido (art. 276 bis)

PRISIÓN O MULTA

- prisión -escala- o multa -escala- (art. 245)

RECLUSIÓN O PRISIÓN

- reclusión o prisión -escala- (art. 210)

RECLUSIÓN O PRISIÓN E INHABILITACIÓN

- reclusión o prisión -escala- e inhabilitación absoluta perpetua y nota de infamia por el tiempo de la condena, o reclusión o prisión perpetua e inhabilitación absoluta perpetua y nota de infamia por el tiempo de la condena (CN, art. 119 y art. 214 del CP)
- reclusión o prisión -escala- e inhabilitación absoluta perpetua (art. 261)

RECLUSIÓN O PRISIÓN, INHABILITACIÓN Y MULTA

-reclusión o prisión perpetua y nota de infamia por el tiempo de la condena (CN, art. 119 y supuesto del art. 215 del CP)

-reclusión o prisión -escala- e inhabilitación especial perpetua y una multa de dos a cinco veces el monto o valor del dinero, dádiva, beneficio indebido o ventaja pecuniaria ofrecida o entregada (arts. 256 y 259 bis)

-reclusión o prisión -escala- e inhabilitación especial perpetua para ejercer la función pública y una multa de dos a cinco veces el monto o valor del dinero, dádiva, beneficio indebido o ventaja pecuniaria ofrecida o entregada (arts. 256 bis primer pár. y 259 bis)

RECLUSIÓN O PRISIÓN Y MULTA

-reclusión o prisión -escala- y multa de 10.000 a 200.000 pesos -escala- (art. 200)

-reclusión o prisión -escala- y una multa de dos a cinco veces el monto o valor del dinero, dádiva, beneficio indebido o ventaja pecuniaria ofrecida o entregada (arts. 258 segundo enunciado y 259 bis)

MULTA

-multa -escala- (art. 203 1º supuesto y 202)

MULTA E INHABILITACIÓN

-multa -escala- e inhabilitación absoluta perpetua (art. 269 pár. 1º)

-multa -escala- e inhabilitación absoluta -escala- (art. 270)

-multa -escala- e inhabilitación especial -escala- (art. 242)

INHABILITACIÓN

-inhabilitación absoluta -escala- (art. 273; 248 bis)

-inhabilitación especial -escala- (art. 235 pár. 2º)

A continuación se discriminará por bien jurídico tutelado:

VIII.1 Contra la seguridad pública: 7 tipos de penas

PRISIÓN A SECAS

-prisión -escala- (art. 188)

RECLUSIÓN O PRISIÓN

-reclusión o prisión -escala- (art. 186)

MULTA

-multa -escala- (art. 203)

PRISIÓN E INHABILITACIÓN

-prisión -escala- e inhabilitación especial por doble tiempo del de la condena (189 bis .2 tercer párrafo y ante último párrafo)

-prisión -escala- e inhabilitación especial para conducir por el doble del tiempo de la condena (art. 193 bis)

RECLUSIÓN O PRISIÓN Y MULTA

-reclusión o prisión -escala- y multa de 10.000 a 200.000 pesos -escala- (art. 200)

PRISIÓN Y MULTA

-prisión -escala- y multa -escala- (art. 204 ter)

Las medidas mínimas de pena privativa de la libertad más frecuentes son:

TABLA 1		
ORDEN	DÍAS	%
1	1095	36
2	182	20
3	1825	10
4	30	10
5	365	8

Los 4 valores restantes, comprensivos sólo del 16% de los casos, son los siguientes: 15, 91, 730, 1460.

Por su parte, los máximos más observados son los siguientes:

TABLA 2		
ORDEN	DÍAS	%
1	5475	27
2	3650	15
3	1095	14
4	365	10
5	2920	8

Los 5 valores restantes, comprensivos del 26% de los casos, son los siguientes: 182, 730, 1460, 1825, Y 2190.

Los rangos observados en la pena privativa de la libertad asignada a un delito básico, se concentran alrededor de 13 valores diferentes.

Las medidas que se observan con mayor frecuencia, representativas del 63% de los casos, son:

TABLA 3		
ORDEN	DÍAS	%
1	4380	19
2	913	14
3	1825	12
4	2555	10
5	3650	8

VIII.2 Contra los poderes públicos: 4 tipos de penas

PRISIÓN E INHABILITACIÓN

-prisión -escala- y nota de infamia por el tiempo de la condena e inhabilitación perpetua para ocupar cargos públicos (CN, arts. 36 y 29, y 226 pár. 1º)

PRISIÓN

-prisión -escala- (art. 226 bis-226 pár. 1º)

-reclusión o prisión perpetua y nota de infamia por el tiempo de la condena (art. 227 y 215)

INHABILITACIÓN

-inhabilitación especial -escala- (art. 235 pár. 2º)

Las medidas mínimas más frecuentes son²²:

TABLA 1		
ORDEN	DÍAS	%
1	182	36
2	1460	8
3	1946	8
4	912	8
5	91	7

Los valores restantes, comprensivos del 33% de los casos, son los siguientes: 365, 456, 608, 730, 973, 1216, 5475.

Por su parte, los máximos más observados son los siguientes:

TABLA 2		
ORDEN	DÍAS	%
1	730	15
2	1095	13
3	4562	12
4	2735	12
5	1460	10

Los valores restantes, comprensivos del 48% de los casos, son los siguientes: 5475, 365, 547, 1368, 2190, 2281, y 7300.

Los rangos observados en la pena privativa de la libertad asignada a un delito básico, se concentran alrededor de... valores diferentes.

Las medidas del rango que se observan con mayor frecuencia, representativas del 58% de los casos, son:

TABLA 3		
ORDEN	DÍAS	%
1	548	15

²² En ningún caso se han insertado los valores correspondientes a la prisión y reclusión perpetua, dada la disparidad de criterios existentes sobre su extensión.

2	913	13
3	1095	6
4	1519	6
5	1823	6
6	2616	6
7	3102	6

VIII.3 Contra la administración pública: 23 tipos de penas

El 70% se concentra en los siguientes:

PRISIÓN a secas

prisión -escala- (art. 238 bis)

PRISIÓN E INHABILITACIÓN

prisión -escala- e inhabilitación especial por doble tiempo del de la condena (art. 246)

MULTA E INHABILITACIÓN

multa -escala- e inhabilitación especial -escala- (art. 242)

MULTA

multa -escala- (art. 247 pár. 2º)

INHABILITACIÓN

inhabilitación especial -escala- (art. 260)

RECLUSIÓN O PRISIÓN, INHABILITACIÓN Y MULTA

-reclusión o prisión -escala- e inhabilitación especial perpetua y una multa de dos a cinco veces el monto o valor del dinero, dádivas, beneficios indebidos o ventaja pecuniaria ofrecida o entregada (art. 256 y 259 bis)

-reclusión o prisión -escala- e inhabilitación especial perpetua para ejercer la función pública y una multa de dos a cinco veces el monto o valor del dinero, dádiva, beneficio indebido o ventaja pecuniaria ofrecida o entregada (art. 256 bis primer pár. y 259 bis)

-reclusión o prisión -escala- e inhabilitación especial perpetua y una multa de dos a cinco veces del valor del beneficio indebido pretendido u obtenido (art. 265 pár. 1º y 2º)

Tipos de penas con pequeña incidencia

Otros casos de **PRISIÓN E INHABILITACIÓN**

-prisión -escala- e inhabilitación especial perpetua (art. 268 (3))

-prisión -escala- e inhabilitación especial para ejercer cargos públicos por el doble tiempo de la condena (252 pár. 2º)

-prisión -escala- e inhabilitación especial -escala- (art. 277 bis)

-prisión -escala- e inhabilitación absoluta -escala- (art. 259 pár. 1º)

-prisión -escala- e inhabilitación absoluta por doble tiempo del de la condena (art. 275, párrafos 1º y 3º)

-prisión -escala- e inhabilitación especial por doble tiempo (arts. 248; 251)

PRISIÓN O MULTA

-prisión -escala- o multa -escala- (art. 245)

PRISIÓN Y MULTA

-prisión -escala- y una multa de dos a cinco veces el monto o valor del dinero, dádiva, beneficio indebido o ventaja pecuniaria ofrecida o entregada (arts. 258 segunda hip., 256 bis 1º pár. y 259 bis)

PRISIÓN, MULTA E INHABILITACIÓN

-prisión -escala-, multa de dos a cinco veces del valor del enriquecimiento e inhabilitación absoluta perpetua (art. 268 (2))

-prisión -escala- e inhabilitación especial -escala- y una multa de dos a cinco veces el monto de la exacción (art. 266)

-prisión -escala- e inhabilitación especial perpetua para ejercer la función pública y una multa de dos a cinco veces el monto o valor del dinero, dádiva, beneficio indebido o ventaja pecuniaria ofrecida o entregada (arts. 258 bis)

PRISIÓN Y PÉRDIDA DE BENEFICIOS

-prisión -escala- y pérdida del beneficio concedido (art. 276 bis)

RECLUSIÓN O PRISIÓN E INHABILITACIÓN

reclusión o prisión -escala- e inhabilitación absoluta perpetua (art. 261)

Otro caso de INHABILITACIÓN

inhabilitación absoluta -escala- (art. 248 bis)

Otros casos de MULTA E INHABILITACIÓN

-multa -escala- e inhabilitación absoluta -escala- (art. 270)

-multa -escala- e inhabilitación absoluta perpetua (art. 269 pár. 1º)

Las medidas mínimas de la pena privativa de la libertad más frecuentes son:

TABLA 1		
ORDEN	DÍAS	%
1	365	27
2	30	26
3	15	13
4	182	10
5	1095	7

Los 3 valores restantes, comprensivos sólo del 17% de los casos, son los siguientes: 730, 1095 y 1460.

MÍNIMO DE UN AÑO

Se puede afirmar que el mínimo de un año equipara un conjunto de infracciones del orden castrense: el ponerle mano al superior militar sin lesiones o siendo éstas leves (art.

238), al militar que abandona su servicio o deserta en tiempo de guerra o catástrofe (art. 252 p. 4º, primera hipótesis), la violación de normas instrucciones emitidas por autoridad militar en tiempo de guerra (art. 240 bis), el ejercicio o retención de mando militar sin autorización (246 últ. parte), el abuso de autoridad militar (253 bis), la resistencia o desobediencia de una orden militar (238 ter 1º y 2º enunciado).

Tiene idéntico parámetro pero integrando una pena conjunta de inhabilitación especial para ejercer cargos públicos por el doble tiempo de la condena, y con ello exhibiendo mayor importancia, la acción del policía que abandona el servicio o maliciosamente omite prestarlo (252 p. 2º).

El dañino comportamiento constituido por el dar u ofrecer dádivas a un funcionario para que haga, retarde o deje de hacer algo relativo a sus funciones (art. 258), también tiene asignada una pena conjunta, además de la prisión de 1 a 6 años, en este caso también con la multa de dos a cinco veces el monto o valor del dinero, dádiva, beneficio indebido o ventaja pecuniaria ofrecida o entregada (259 bis). Si el culpable no es funcionario, no sufre inhabilitación.

La pena conjunta de la figura simple de la exacción ilegal (art. 266) tiene similar estructura a la del 258 y 259 bis antes visto. Debe notar el intérprete, sin embargo, que el 266 prevé un mínimo de inhabilitación más bajo, de igual entidad (un año) que la prisión.

El cohecho pasivo (art. 256) tiene pena conjunta, la que integran tres especies. Por un lado le da al juzgador la posibilidad de optar entre reclusión o prisión de un año como mínimo. Por el otro asigna al autor inhabilitación especial perpetua. Por último la escala de una multa definida por el 259 bis según reforma del 2017. Es evidente que la mayor gravedad deriva de las dos últimas especies, de imposición efectiva (CP, art. 26 últ. párrafo), no tanto del exiguo piso de privación de la libertad. Lo mismo ocurre con la pena de las negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas (art. 265), siempre teniendo presente que la multa prevista en este caso va de dos a cinco veces el valor del beneficio indebido, pretendido u obtenido. Como en el supuesto del aprovechamiento con fines de lucro de datos reservados (art. 268 (1)). El cohecho previsto en el art. 256 bis, en cambio, mantiene los mismos parámetros, nada más que cuando define la inhabilitación especial perpetua la establece “para ejercer la función pública”.

El ofrecimiento, promesa u otorgamiento de beneficios indebidos a una entidad extranjera (art. 258 bis según reforma del año 2017) tiene también una pena conjunta que contempla exclusivamente en el primer eslabón al mínimo de un (1) año de “prisión” (con buen criterio, sin la opción “reclusión. La adecuación de esta pena a criterios más modernos y prescripciones incorporadas por la ley 26.200 (art. 7) del año 2006, habilita la actualización para situaciones equivalentes.

La medida de un año de prisión, asignada ésta como pena única o conjunta, como se ha visto, resulta ser la más frecuente entre los básicos contra la administración pública. Dicha circunstancia la emparenta con un conjunto de figuras muy diversas. Así, por ejemplo, comparte el atributo con el homicidio culposo (art. 84), con las lesiones graves (art. 90), con el abuso de armas (art. 104), con la sustracción o retención de personas con fines sexuales (art. 130), con los abusos funcionales previstos en el art. 143 (retención de detenido que debe ser liberado, la incomunicación indebida, entre otros), en el universo de los delitos contra bienes individuales. Por el lado de los delitos contra bienes sociales, quedan hermanados con la portación de arma de fuego de uso civil (art. 189 .2 p. 3º), con el que tomare parte de una conspiración para cometer el delito de traición (art. 216), o con la falsedad ideológica (art. 293), para mencionar algunos.

A la vez coloca a los mencionados injustos como tutelados con mayor pena privativa de la libertad, es decir, con mayor gravedad, que la falsedad de instrumento privado (art.

292), al que suministre medicamentos en especie, calidad o cantidad no correspondiente a la receta (art. 204), al descarrilamiento o naufragio culposo (art. 196), a la usurpación (art. 181), a las amenazas (art. 149 bis), a la privación ilegal de la libertad (art. 141), al abuso sexual (art. 119 primer párrafo), la tenencia de representaciones de un menor de 18 años dedicado a actividades sexuales (art 128 segundo párrafo), la estafa y otras defraudaciones (arts. 172 y 173).

MÍNIMO DE UN MES

El mínimo de un mes de prisión coloca en la misma línea al atentado a la autoridad (art. 237), al que presentare u ofreciere la dádiva del 259 segundo párrafo, a la evasión (art. 280), ya sea tanto por medio de la violencia contra las personas o fuerza contra las cosas, a la violación de medios de prueba (art. 255), y al favorecimiento de la evasión (art. 281).

La misma especie y medida de pena privativa de la libertad convive en distintos supuestos delictivos que, en cambio, tienen asignada la conjunta de inhabilitación. Recibir dádivas en consideración al oficio (art. 259) conlleva la absoluta de uno a seis años. El falso testimonio va acompañado también de la inhabilitación absoluta pero, en este caso, por el doble tiempo del de la condena (art. 275 primero y último párrafo), se entiende, de la pena de prisión. Como su máximo asciende a cuatro, dicha especie puede escalar hasta los ocho años. Es decir, sendas figuras delictivas tienen idéntico mínimo de pena privativa de la libertad, pero en el primer caso la inhabilitación absoluta tiene un tope de seis años mientras que en el segundo dos años más.

La usurpación de autoridad, títulos u honores (art. 246) también tiene a la prisión de un mes acompañada con la inhabilitación especial “por doble tiempo”, igual que el abuso de autoridad (art. 248), y el requerimiento indebido de la fuerza pública (art. 251). Se trata de supuestos en los que el legislador no ha aclarado que se refiere al doble tiempo de la condena a prisión, lo cual, el intérprete puede cuestionar e interrogarse como en el supuesto del art. 143, antes visto, así como que, no obstante la igualdad de la base de la pena privativa de la libertad, su complemento, en el caso que remita a la condena concreta, en el 246 puede llegar hasta dos años, en el 248 hasta cuatro, mientras que en el supuesto del 251 a la pena indivisible de hasta ocho años de inhabilitación especial. Dicha especie en estos supuestos asume el rol de especie de pena más grave asignada, sin perjuicio de generar, como consecuencia de la importancia que adquieren los máximos en estos tipos, una desigualdad que va en contra del espíritu que el propio legislador, al imponer idéntico mínimo de prisión, en tales supuestos pretendió no consagrar. La conclusión coincide si se admite que remite al máximo de pena privativa de la libertad. Pero, si hipotéticamente se aceptara que refiere al mínimo, la igualdad quedaría asegurada.

MÍNIMO DE 15 DÍAS

El mínimo de 15 días de la pena única de prisión equipara la violación de deberes procesales (art. 243), la perturbación del ejercicio de la función pública (art 241), la resistencia y desobediencia a la autoridad (239), la usurpación de títulos u honores (art. 247). La omisión maliciosa de presentar una declaración jurada patrimonial (art. 268 (3)), en cambio, tiene mayor pena, ya que si bien la privativa de la libertad parte de igual mínimo (15 días) se encuentra asignada en conjunto con la inhabilitación especial perpetua. Se trata de otro supuesto en el que la gravedad emerge de una pena diversa a la de prisión. Ésta muy cerca del umbral, aquélla indivisible y en su máxima expresión temporal.

MÍNIMO DE SEIS MESES

El militar que perjudicare o maltratare a un subordinado (art. 249 bis) y la violación de sellos (art. 254) tienen idéntica pena de prisión (de seis meses a dos años). Comparten el mínimo con el simple encubrimiento (art. 277 inc. 1º), aunque éste contempla un máximo de tres años.

MÍNIMO DE TRES AÑOS

El básico previsto en el 277 bis, incorporado por la ley 25.890 del año 2004, se destaca por imponer un mínimo de tres años de prisión, sanción que refuerza con la conjunta de inhabilitación especial de tres a diez para el funcionario que, violando los deberes a su cargo o abusando de sus funciones, intervenga en las fases posteriores al abigeato (transporte, faena, comercialización o mantenimiento de ganado). En cuanto a la especie y mínimo de la pena privativa de la libertad queda equiparado al accionar de militares que peticionen o se atribuyan la representación de una fuerza armada, que tomen armas o las usen contra las órdenes de sus superiores, o hicieren uso del personal contra sus superiores u omitieren resistir las que se concretaren (241 bis).

Por su parte, los máximos más observados son los siguientes:

TABLA 2		
ORDEN	DÍAS	%
1	1460	17
2	2190	16
3	365	16
4	3650	14
5	730	14

Los 5 valores restantes, comprensivos del 23% de los casos, son los siguientes: 30, 182, 1095, 1825, y 2920.

Los rangos observados en la pena privativa de la libertad asignada a un delito básico dentro de este Título, se concentran alrededor de 18 valores diferentes.

Las medidas del rango que se observan con mayor frecuencia son:

TABLA 3		
ORDEN	DÍAS	%
1	1825	11
2	335	10
3	1095	10
4	1430	9
5	913	7
6	700	7
7	2190	7

Las restantes son: 15, 167, 305, 350, 548, 670, 715, 730, 1460, 2555 y 2920.

VIII.4 Contra la fe pública: 4 tipo de penas

PRISIÓN

-prisión -escala- (art. 289)

RECLUSIÓN O PRISIÓN

-reclusión o prisión -escala- (art. 282)

PRISIÓN E INHABILITACIÓN

-prisión -escala- e inhabilitación especial -escala- (art. 302)

RECLUSIÓN O PRISIÓN E INHABILITACIÓN

-reclusión o prisión -escala- e inhabilitación absoluta por doble tiempo (art. 287)

Las medidas mínimas más frecuentes son:

TABLA 1		
ORDEN	DÍAS	%
1	365	41
2	182	36
3	30	11
4	1095	8

El valor restante, comprensivo del 4% de los casos, es el siguiente: 15 días.

Por su parte, los máximos más observados son los siguientes:

TABLA 2		
ORDEN	DÍAS	%
1	2190	36
2	1095	16
3	365	13
4	1460	11
5	730	11

Los 2 valores restantes, comprensivos del 13% de los casos, son los siguientes: 1825 y 5475.

Los rangos observados en la pena privativa de la libertad asignada a un delito básico, se concentran alrededor de 10 valores diferentes.

Las medidas del rango que se observan con mayor frecuencia, representativas del 80 % de los casos, son:

TABLA 3		
ORDEN	DÍAS	%
1	1825	33
2	913	14

3	1278	11
4	548	11
5	335	11

Consultas bibliográficas sugeridas

- ABOSO, GUSTAVO EDUARDO, Código Penal de la República Argentina, comentado, concordado con jurisprudencia, BdeF, Buenos Aires, 2011.
- AGUADO CORREA, TERESA [et al], El principio de proporcionalidad penal, dirigidos por Juan A. Lascurain Sanchez y Maximiliano A. Rusconi, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2014,
- ANTEPROYECTO DE CÓDIGO PENAL de la Nación Argentina, formulado por la Comisión creada por Decreto del PEN N° 678/12.
- ANTEPROYECTO DE REFORMA DEL CÓDIGO PENAL de la Nación, formulado por la Comisión creada por Decreto del PEN N° 103/2017.
- BERTONE, FERNANDO MARTÍN, Individualización judicial de la pena, Análisis de doctrina contemporánea y trabajo empírico de aplicación jurisprudencial, Alveroni Ediciones, Córdoba, 2010.
- BUTELER, ENRIQUE R., La pena, Lección 18, en Lascano, Carlos J., Libro de Estudio, Advocatus, Córdoba, 2005.
- CESANO, JOSÉ D., La pena de multa en el Código Penal argentino: un análisis dogmático, su interpretación doctrinaria y jurisprudencial. Perspectiva iuscomparada, Di Plácido, Buenos Aires, 2010.
- CESANO, JOSÉ D., Prólogo, en Fleming, Abel, Lopez Viñals, Pablo, Las penas, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2009.
- CRESPO, DEMETRIO, Notas sobre la dogmática de la individualización de la pena, Universidad Externado de Colombia, Derecho Penal y Criminología, Vol. 21, N° 67, 1999, consultado el 2 de Febrero 2024 en <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpen/article/view/1134>.
- DE LA RÚA, JORGE, TARDITTI, AÍDA, Derecho Penal, Parte General, Hammurabi José Luis Depalma Editor, Buenos Aires, 2014/5.
- DONNA, EDGARDO, Derecho Penal, Parte Especial, Rubinzal Culzoni, Sta. Fe, 2001.
- FLEMING, ABEL, LÓPEZ VIÑALS, PABLO, Las penas, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2009.
- GRAND GRUNDY, ESTEBAN, Elección de penas alternativas entre prisión y reclusión: reflexiones a partir del fallo Barattini, Cuadernos de Derecho Penal N° 9, Instituto de Ciencias Penales, consultado el 2 de Febrero 2024 en <https://www.acaderc.org.ar/wp-content/blogs.dir/55/files/sites/55/2023/05/ICP.-No-9.pdf>.
- FINZI, MARCELO, Circunstancias del delito y título del delito (Derecho argentino y comparado), Imprenta de la Universidad, Córdoba, 1947.
- FEIJOO SÁNCHEZ, BERNARDO, Individualización de la pena y teoría de la pena proporcional al hecho, El debate europeo sobre los modelos de determinación de la pena, INDRET, Barcelona, 2007, consultado en https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/403_es_1.pdf el 2 de Febrero del 2024.
- HARARI, YUVAL NOAH, De animales a dioses, Breve historia de la humanidad, Debate, Buenos Aires, 2022.
- JAKOBS, GÜNTHER, Derecho Penal, Parte General, Fundamentos y teoría de la imputación, Marcial Pons, Madrid, 1997.
- JAKOBS, GÜNTHER, Sobre la teoría de la pena, Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, Cuadernos de artículos y conferencias N° 16, Universidad

- Externado de Colombia, Colombia, 1998, consultado el 2 de febrero de 2024 en https://www.academia.edu/33722872/sobre_la_teor%3%8da_de_la_pena_Gunther_Jakobs.
- JAKOBS, GÜNTHER, *El Derecho Penal como disciplina científica*, Thomson, Cuadernos Civitas, España, 2008.
- JESCHECK, H., *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, Comares, Granada, 1993.
- LASCANO, CARLOS J. (h) [et. al], *Derecho Penal, Parte General, Libro de Estudio*, Advocatus, Córdoba, 2005.
- LASCANO, CARLOS J. (h)., "Art. 62- Plazos de prescripción de la acción penal", en Baigún, David, Zaffaroni, Eugenio R. (dir.), *Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial. Tomo 2 B, Parte General*, 2º Edición actualizada y ampliada, p. 199 y sgts., Hammurabi, Buenos Aires, 2007.
- LASCURAÍN SÁNCHEZ, JUAN ANTONIO, *La proporcionalidad de la norma penal*, Cuadernos de Derecho Público, núm. 5 (septiembre-diciembre 1998), consultado el 2 de febrero 2024 en <http://revistasonline.inap.es>.
- MESSUTI DE ZABALA, ANA, *El tiempo como pena*, Opúsculos de derecho penal y criminología N° 37, Marcos Lerner Editora Córdoba, 1989.
- MORENO, RODOLFO, "La ley penal argentina", *Estudio crítico, segunda edición corregida y aumentada*, Valerio Abeledo, Buenos Aires, 1908.
- MORILLAS CUEVAS, LORENZO, *Teoría de las consecuencias jurídicas del delito*, Tecnos, Madrid, 1991.
- NUÑEZ, RICARDO C., *Delitos contra la Propiedad*, Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1951.
- NUÑEZ, RICARDO C., *Derecho Penal Argentino*, Editorial Bibliográfica Argentina, T I a V, Buenos Aires, 1964/7; Lerner Ediciones, T VI a VII, Córdoba, 1971/4.
- NÚÑEZ, RICARDO C., *Manual Parte Especial, Parte Especial*, Lerner Editora, Córdoba, 1999.
- PROYECTO DE CÓDIGO PENAL para la República Argentina, trabajado por encargo del Gobierno Nacional por el Dr. Carlos Tejedor, *Primera y Segunda Parte*, Imprenta del Comercio del Plata, Buenos Aires, 1866/7.
- PROYECTO DE CÓDIGO PENAL para la República Argentina, redactado en cumplimiento del decreto del 7/6/1890, por los Dres. Norberto Piñero, Rodolfo Rivarola, y José N. Matienzo, *Taller Tipográfico de la Penitenciaría Nacional*, Buenos Aires, 1891.
- RIQUERT, MARCELO A., *Suspensión del juicio a prueba y pena de inhabilitación: ¿Suprema Corte versus Corte Suprema ("Peña de De Vicente" v. "Norverto")*, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Año VI, N° 10, Thomson Reuters La Ley, Buenos Aires, 2016.
- RODRÍGUEZ YAGÜEZ, CRISTINA, [et al], *Directora, Penas Perpetuas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.
- ROXIN, CLAUDIUS, *Derecho Penal, Parte General, Fundamentos, La estructura de la teoría del delito*, Civitas, Madrid, (1994) 1997.
- Roxin, C., *Derecho Penal, Parte General, T II*, Civitas Thomson Reuters, Madrid, 2003.
- RUSCONI, MAXIMILIANO, *La legitimidad de la sanción al instigador- inductor: ¿una forma polémica de participación punible?*, ponencia, III Congreso de la Fundación Internacional de Ciencias Penales, Alcalá de Henares, Madrid (España), 15 y 16 de septiembre de 2022, consultado el 15 de Abril del 2024 en <https://ficp.es/wp-content/uploads/2022/10/Rusconi.-Ponencia.pdf>.

- SANTOIANNI, JUAN CARLOS, El plazo de prescripción de la acción penal en los delitos reprimidos con penas conjuntas, publicado en Revista de Derecho Penal y Criminología, Año XIV, N° 2, Marzo 2024.
- SCHÜNEMANN, BERND, Aporías de la teoría de la pena en la filosofía Pensamientos sobre Immanuel Kant, Indret, Barcelona, 2008, consultado el 2 de Febrero 2024 en file:///C:/Users/Usuario/Downloads/124251-Text%20de%20l'article-172234-1-10-20090219%20(1).pdf.
- SILVA SÁNCHEZ, JESÚS-M., La teoría de la determinación de la pena como sistema (dogmático): un primer esbozo, InDret 2/2007, Barcelona, Abril de 2007, consultado el 2 de Febrero 2024 en https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/426_es.pdf.
- SILVA SÁNCHEZ, JESÚS M., Noruega: un Código penal de 2015, Indret, 2023, consultado el 2 de Febrero del 2024 en <https://indret.com/wp-content/uploads/2023/01/1758.pdf>.
- SOLER, SEBASTIÁN, Derecho Penal Argentino, 8ª reimpresión total, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1978.
- TERRAGNI, MARCO A., Proporcionalidad de la pena, Determinación legal e individualización judicial, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2017.
- VÁSQUEZ, ROBERTO V., La racionalidad de la pena, Alción Editora, Córdoba, 1995.
- VÁSQUEZ, ROBERTO V., DÍAZ REYNA, MARCOS, CAMMISA, AUGUSTO, La pena de los delitos básicos, ponencia, Congreso Internacional de Derecho Penal, realizado en Buenos Aires, los días 11 a 14 de Agosto de 1997, con motivo de los 75 años del Código Penal vigente.
- VÁSQUEZ, ROBERTO V., Los preceptos constitucionales de la pena, Cuadernos de Derecho Penal, N° 5, Instituto de Ciencias Penales, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba, mayo de 2019.
- VÁSQUEZ, ROBERTO V., La pena de los delitos básicos en el sistema del Código, exposición en la sede del Instituto de Ciencias Penales, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2023.
- VÁSQUEZ, ROBERTO V., Debates actuales en torno a la víctima del delito: la comprobación de visu y la obligación estatal de repararla, Victimología 23, Encuentro Grupo Editor, Córdoba, 2019.
- VERA BARROS, OSCAR T., La determinación de la pena, Lección 19, en Lascano, Carlos J., Libro de Estudio, Advocatus, Córdoba, 2005.
- ZAFFARONI, EUGENIO R., Tratado de Derecho Penal, Parte General, Ediar, 1983.
- ZAFFARONI, EUGENIO R., ALAGIA, ALEJANDRO, SLOKAR, ALEJANDRO, Derecho Penal, Parte General, Ediar, Bs. As., 2000.
- ZAFFARONI, EUGENIO R., El máximo de la pena de prisión en el derecho vigente, publicado en Estudios de derecho penal, procesal penal, derechos humanos y criminología, Libro homenaje a la Dra. Hilda Marchiori, p. 345 y sgts., Lerner, Córdoba, 2010.

Las penas de los delitos calificados en el sistema del Código

The penalties of crimes qualified in the Code system

Por: **ROBERTO V. VÁSQUEZ**¹

RESUMEN: Luego de haber avanzado en el estudio de la pena de los delitos básicos, el examen de los calificados y correspondientes penas se torna ineludible. La tarea exige un repaso de aquéllos y de los diversos tipos de penas (especies, modalidad y cantidad) conminadas por el legislador en función de las circunstancias que motivan el aumento de la sanción. Precisamente dicho análisis en el presente trabajo ha sido efectuado desde el primero hasta el último de los identificados en la Parte Especial.

PALABRAS CLAVES: delitos calificados bienes individuales bienes sociales tipo de pena

ABSTRACT: *After having advanced in the study of the punishment of basic crimes, the examination of the qualified and corresponding penalties becomes unavoidable. The task requires a review of those and the various types of penalties (species, modality and amount) ordered by the legislator depending on the circumstances that motivate the increase in the penalty. Precisely said analysis in this work has been carried out from the first to the last of those identified in the Special Part.*

KEY WORDS: *qualified crimes individual goods social goods type of punishment*

I. Delitos calificados y penas agravadas

El concepto de pena agravada deriva del tipo calificado. La doctrina ha trabajado éste pero no aquél. No obstante, se debe advertir que la pena tiene como presupuesto la comisión de un delito. Por lo tanto, desde su perspectiva, que es la que aquí interesa, no basta con el encuadramiento típico, exige que se trate de un delito calificado. Es calificado, siempre respecto de un básico generalmente ubicado en el mismo capítulo y título del CP, cuando su estructura contiene particularidades que incrementan su criminalidad (NÚÑEZ, 1977: 172).

La pena agravada es el plus o diferencia que el legislador suma a la pena del delito básico. En otros términos, es la medida, especie y modalidad que se adiciona a la pena del básico en razón de concurrir circunstancias que ameritan el aumento de la intensidad sancionatoria. Especialmente en lo atinente a la cantidad, el mínimo y el máximo están integrados por dos escalas continuas. La agravación no comprende al total de la pena que queda determinada, puesto que una parte corresponde ya al básico. Por lo tanto, la circunstancia que la motiva exclusivamente está representada en cuanto a la medida por el escalón superior (del mínimo y máximo, sólo del máximo, o sólo del mínimo), o el agregado de otra especie conjunta (con su correspondiente medida), o la sustitución de una especie por otra, o la previsión de un tipo de pena que incluya una alternativa más grave, sin perjuicio de que se integra a aquélla. Un ejemplo: el hurto calificado tiene dentro del año establecido legalmente como mínimo, un (1) mes (el 8%) correspondiente a la acción del básico. En consecuencia, la agravación neta prevista para los 6 incisos del art. 163 (que el objeto de la sustracción sean elementos ligados a la producción agropecuaria, que el hecho se haya cometido en un contexto de calamidad, que se hiciera uso de ganzúas o llaves falsas o verdaderas que no se podía usar, con escalamiento, que el objeto sean cosas muebles transporta-

¹ Abogado (UNC). Profesor Adjunto de Sistemas de Seguridad Comparado (Lic. de Seguridad, UNVM).

das, o un vehículo dejado al aire en la vía pública), está constituida por once (11) meses (NÚÑEZ, 1951: 179). Éste es el plus que, exclusivamente en cuanto a la medida, el legislador asignó dentro (en el marco) de la pena agravada, manteniendo sin cambio alguno la especie y la modalidad. Del mismo modo, su máximo (6 años) contiene los 2 años (el 33 %) ya prescriptos como tal para el hurto simple. Por lo que el aumento específico de la medida de la prisión asciende a cuatro (4).

La “cualificación del injusto”, “en su mayor parte” no constituye delito por sí misma, siempre es un adicional a la lesión que produce la acción contenida en el básico (JAKOBS, 216). “Sin embargo”, “a veces”, “el legislador complementa” “el tipo básico con un comportamiento ya de por sí punible (tipos complejos)” (ibídem). En otros supuestos las cualificaciones, para un sector de la doctrina, complementan “el tipo de culpabilidad” (ibídem)². La importancia de determinar los segmentos que integran la pena agravada radica en que el plus debe ser proporcional a la circunstancia que motiva el aumento, y en que ésta -se supone- debe disparar una reacción semejante (en torno a la especie, medida y modalidad) cada vez que se presenta como tal. La dificultosa tarea es parte de una ecuación que, al decir de Neumann 458, supone hallar “según una escala de medición no determinada, la relevancia no determinada de una magnitud en comparación con la de otra tampoco determinada”.

El robo (CP, art. 164), por ejemplo, tiene una pena que considera la hibridez del tipo que lo expresa, que para un sector de la doctrina es autónomo, en virtud de la cual la prisión de 1 a 6 años contiene un segmento que representa el núcleo (con el que ineludiblemente se tiene que comparar: la sustracción de cosa mueble, castigada con 1 mes a dos años) y otro que hace pagar por la violencia en las personas o la fuerza en las cosas. El plus, en consecuencia, en el mínimo está dado por once meses (la misma cantidad que en el caso del hurto calificado), aparenta ser una equiparación de aquellas circunstancias con las previstas en el art. 163. Tal baremo no tiene sustento en lo concerniente a la violencia contra las personas, que no puede ser nivelado con ninguna de las seis hipótesis previstas en aquél. En cuanto al máximo ocurre exactamente lo mismo. El plus se constituye con la adición, en carácter de agravante, de 4 años.

Si la descripción típica y su pena legal no pueden ser referenciados a un básico, por más que esté entremedio de tipos calificados y penas agravadas, no es un calificado ni su pena agravada. Se trataría de un tipo básico o de un tipo autónomo *strictu sensu* (que en definitiva resulta encuadrado como un básico) que se pueden calificar o privilegiar.

II. La cuestión de las agravantes en la parte general

En el examen que aquí se emprende deben abordarse los criterios políticos-criminales fijados por el legislador a lo largo y ancho de todo el Código. En la Parte General existen diversas previsiones en virtud de las cuales las penas previstas en la Parte Especial para cada delito se modifican.

Por un lado la ley prevé reducciones. Así pueden mencionarse las relativas a la tentativa, al delito imposible, y a algunos supuestos de la participación (arts. 44 y 46). En dicho marco los parámetros utilizados por el legislador, tales como el tercio o la mitad, integran la gama de fracciones que pueden tener incidencia en la determinación de la pena y

² ZAFFARONI (III: 261) sostiene que para no confundir la culpabilidad con el injusto se debe tener en cuenta que “...las motivaciones en forma especial, como sucede con el homicidio por placer, codicia, odio racial o religioso, del inc. 4º del art. 80 CP” “no son tipos agravados, sino especiales previsiones de las consecuencias que para las penas tiene una culpabilidad más grave...”

que no deben quedar ajenos al análisis y control de razonabilidad de equivalencias que aquí se realiza. Así, por ejemplo, sin importar el tipo de delito, debe considerarse la legitimidad -o no- de que el tentado (arts. 42 y 44) tenga mecánicamente similar reducción (de un tercio a la mitad) que la escala de la pena correspondiente al que coopere de cualquier otro modo a la ejecución del hecho consumado y a los que presten una ayuda posterior cumpliendo promesas anteriores al mismo, particularmente esta última hipótesis (art. 46). El mismo examen corresponde realizar en dicho marco respecto de la merma diferenciada de la perpetua (art. 46 última parte). La fórmula del delito imposible, que contiene una ineludible rebaja (la mitad) y otra facultativa (al mínimo legal o la eximición de toda la pena, “según el grado de peligrosidad revelada” por el ejecutor, también debe someterse a similar escrutinio³.

De lege ferenda, vale aclararlo, el elenco de supuestos que conducen a una deducción podría ser más extenso⁴.

Por otro costado se fijan topos (que no pueden superarse como consecuencia de la suma aritmética de los máximos de las penas de la misma especie en juego)⁵ o bien combinaciones de mínimos y máximos de escalas pertenecientes a penas de distintos delitos, o bien habiendo varias la indicación de la pena que corresponde aplicar (la mayor, la más grave teniendo en cuenta los delitos de pena menor (siguiendo el criterio de la conversión)) (arts. 54, 55, 56 primer párrafo y 5).

En el Título 10 se establecen las medidas temporales que deben computarse a los fines de la prescripción de la acción o de la pena. Las mismas deben ser revisadas (en cuanto a su razonabilidad intrínseca y por las reformas que se han producido en los últimos años) y completadas, ya que no ensamblan con la diversidad de tipos vigentes.

Los aumentos de penas, en cambio, se encuentran regulados en el Libro I, por un lado, mediante las llamadas por la doctrina penas “complementarias” (arts. 20 bis, 22 bis). Por esta vía se tiñe al Libro II, no siempre con coherencia frente a las previsiones ya existentes, de la inhabilitación especial -escala-, la inhabilitación especial perpetua respecto de ciertos delitos, y la multa en pesos con un techo (desactualizado) que no se puede superar.

Dichas especies tienden a suplir carencias de los tipos de penas principales vigentes (centrados en la privación de la libertad) asignados a hipótesis delictivas ligadas a funciones públicas, a cuestiones familiares, actividades profesionales o que requieren habilitación estatal, o donde desborda la finalidad crematística. Las medidas carecen de correspondencia con una ofensa en particular; con sus amplios rangos – en caso de las divisibles- sólo procuran darle margen a la individualización judicial frente a la multiplicidad de situaciones comprendidas.

³ Las reducciones con idénticos o diversos parámetros también se observan en la Parte Especial: 1) El último párrafo del art. 170 concede una reducción de pena “de un tercio a la mitad” (de 1/3 a 1/5), entendiéndose del mínimo y máximo respectivamente; 2) El art. 142 bis prevé la reducción de un tercio a la mitad de la pena del partícipe que se esfuerza para que la víctima recupere la libertad. 3) El 142 ter, en cambio, admite una reducción pero “en un tercio del máximo y en la mitad del mínimo”. 4) Por el art. 232, a los promotores o directores de un tumulto que no ha causado daño, se los reprimirá con “con la mitad de la pena señalada para el delito”. 5) Por el art. 234, al que sedujere tropas o usurpare su mando, o lo retuviere ilegalmente para “cometer una rebelión o una sedición, será reprimido con la mitad de la pena correspondiente al delito que trataba de perpetrar”.

⁴ Así, por ejemplo, bien podría encontrarse en dicho marco la regulación de la “capacidad de culpabilidad disminuida”, que, si fuera introducida por la ley penal en ciertos casos conduciría a la modificación hacia abajo del marco punitivo, e indicaría que el legislador con racionalidad se dedica a temas importantes (DONNA, 2023:150).

⁵ DE LA RÚA/TARDITTI (II: 401) advierten que ni la multa ni la inhabilitación lo tienen, lo que “puede conducir a consecuencias punitivas irracionales”.

La procedencia de la inhabilitación especial -escala- tiene, tiene sus exigencias (incompetencia o abuso). Si no concurren los elementos normativos requeridos según el caso en alguno de los tres incisos del primer párrafo del 20 bis la pena complementaria se torna improcedente.

La previsión legal de una indivisible, con carácter facultativo, como la inhabilitación especial perpetua en virtud del art. 20 bis segundo párrafo, implica una contradicción, puesto que la potestad del juez queda encerrada entre semejante extremo o no imponerle complementaria alguna en caso que “el autor se hubiere valido de su empleo, cargo, profesión o derecho” para la comisión de los delitos tipificados en los arts, 119, 120, 124, 125, 125 bis, 128, 129 in fine, 130 párrafos segundo y tercero, 145 bis y 145 ter. Es decir, sin alternativa para la imposición de una pena adecuada menor, para el supuesto más grave resulta que el juez puede verse inhibido de conjugar la sanción. Sin perjuicio de ello, debe advertirse, cuando la condición no concurre, respecto de los mismos delitos, el juez podrá aplicar subsidiariamente la pena complementaria del primer párrafo, esto es la inhabilitación especial de 6 meses a 10 años.

En el caso de la multa complementaria, a los fines de su procedencia debe evaluarse que el “ánimo de lucro” haya concurrido en el momento de la comisión del hecho delictivo.

Dichas especies y medidas no son de obligatoria imposición, es decir, no son automáticas. Se trata de penas facultativas, complementarias y condicionadas, caracterizadas como agravantes, por aumentar el rigor de la sanción mediante la asignación conjunta de una especie con medida propia a la pena principal de un delito básico o calificado.

En el caso que el juez de la condena así lo decida (siempre que concurren las circunstancias por la ley enumeradas (arts. 20 bis, 22 bis⁶, relacionadas al hecho punible pero que no integran los elementos del tipo del delito al cual finalmente se asocian) lo hará de un modo conjunto a la pena principal prevista por la ley respecto de aquél. No tienen un régimen propio. Resuelta su aplicación son idénticas a las principales. La eventualidad que las caracteriza genera a lo largo de toda la Parte Especial y respecto de los delitos en los que dichas sanciones aparentan resultar admisibles, dos tipos de penas: uno sin la complementaria, y otros con ellas.

Capítulo aparte merecen los llamados por la doctrina “tipos agravados” de la Parte General (arts. 41 bis, 41 quater, 41 quinquies⁷)⁸. Se trata de calificantes que, relacionadas a cuestiones de mayor gravitación criminal (el empleo de un arma de fuego, la intervención en el mismo hecho de mayores de edad y menores de 18 años, la finalidad de aterrorizar a la población u obligar a las autoridades a realizar un acto o abstenerse de hacerlo) paralelamente conducen al endurecimiento (1/3 del mínimo y del máximo, en los dos primeros supuestos, o el doble de aquéllos, en el último) de “la escala” de la pena correspondientes a los básicos y calificados de la Parte Especial. A diferencia de las complementarias, no son facultativas y no conducen a la adición de especie alguna, centran la directriz legal en el incremento de las medidas.

⁶ La doctrina advierte que además de la correspondiente motivación, “solo pueden imponerse a pedido de la parte acusadora” (BORINSKY, 331)

⁷ Conforme LN N° 27.739 (BON del 15/3/24).

⁸ No corresponde hablar de tipos agravados. Los tipos no se agravan, tienen tal o cual elemento diferenciador del básico, razón por la cual la acción comprendida en ellos merece una pena superior. De allí que frente a un tipo calificado lo que se agrava es la pena.

Resta referir al art. 56 p r. 2., que expresa: “Si alguna de las penas no fuere divisible, se aplicará esta únicamente, salvo el caso en que concurrieren la de prisión perpetua y la de reclusión temporal, en que se aplicará reclusión perpetua”. Opera aquí una cuestionable sustitución agravatoria. En efecto, la reclusión perpetua no es un tipo de pena conminado por la ley a los delitos concurrentes, y no obstante ello se la asigna aunque no exhiba una fundada especificidad con las características del hecho ni con su autor. Si así fuere tendría que estar prevista como tal. En violación del principio de igualdad, en virtud del cual correspondería disponer que se aplique la más grave de aqu ellas (la prisión perpetua) el legislador opta por una distinta y, por cierto, de intensidad punitiva superior⁹.

III. Las penas abstractas asignadas a los delitos calificados

III.1. Algunas precisiones

En el Libro Segundo todo delito calificado se supone tiene pena agravada. Por un lado, ésta debe ser comparada con la pena del básico, ineludible parámetro que estructura su determinación. Por el otro, se debe señalar que las penas agravadas tienen armazones diversos en función del plus que el legislador agrega. La lupa puesta sobre las medidas de la pena privativa de la libertad permite observar, por ejemplo, que existen múltiples correspondientes a los mínimos y a los máximos de los calificados identificados en la base de datos. Las unidades de medida que la ley utiliza para ello son el año y el mes. Excepcionalmente ape-la al doble, tercios, triple, mitades, días, cuya aplicación muchas veces generan decimales en el acrecentamiento.

El calendario gregoriano fue adoptado expresamente por el Código Civil de Vélez, en vigor a la fecha de entrada en vigencia del Código Penal de 1921, para contar a los efectos legales “Los días, meses y años...” (CC, art. 23). La recepción tiene valor en lo atinente a la individualización judicial de la pena. En cambio, nada agrega respecto de su determinación legal en abstracto ya que ésta, al no estar concretada, se cuenta de otro modo, y es por ello que no se computan de medianoche a medianoche (como lo estipula el nuevo CCyC, art. 6, según ley 26.994), ni terminan el día que los respectivos meses tengan el mismo número de días de su fecha, cualquiera que sea el número de días que tengan los meses o el año (CC según ley N  340, arts. 23, 24 y 25). Dicho mecanismo no tuvo ni tiene utilidad práctica en el marco de la ley penal, por más que la norma civil así lo postulaba.

El Sistema Métrico Legal Argentino (SIMELA) según LN N  19.511, resulta de uso obligatorio y exclusivo en todos los actos públicos o privados de cualquier orden o naturaleza. Los instrumentos de medición deben hallarse ubicados en lugar y forma tal que permitan a los interesados el control de las operaciones a realizarse con ellos (arts. 13 y 14). Entre las unidades, múltiplos y submúltiplos, prefijos y símbolos del Sistema Internacional de Unidades de Medida (S I) y por los denominados ajenos a aqu el, en cuanto a lo que aquí concierne, respecto de la magnitud “tiempo” sólo contempla como unidad SI de base al “segundo” y, como unidad ajena al SI, al “día” (constituido por 86.400 segundos).

En la actualidad, la lectura del Código Penal arranca con la presunción de la continuidad de la vigencia del calendario gregoriano, así como también que es la organización del tiempo de la vida que tal documento contiene (y no otro) la validada por el legislador cuando asigna pena utilizando unidades tales como años, meses y días. En el plano abstracto, en principio, la determinación de las mismas no ofrece dificultades, salvo cuando se

⁹ Surge así la paradoja, advertida por DE LA RÍA (1001), de que “La reclusión perpetua no se prevé nunca como pena única, pero resulta tal por la regla de la gravedad”. Ahora bien, en el supuesto del art. 56 p r. 2  no puede sostenerse sin más que la disyuntiva que se presenta se resuelve a favor de la reclusión perpetua por ser ésta la más grave, ya que es una pena diversa (que ostenta tal peculiaridad) que no integra la convergencia, y a pesar de ello resulta impuesta por el legislador.

repara en la existencia de años bisiestos (que tienen 366 días, como lo es el año 2024, y que se dan cada cuatro años), y meses con 30 días, otros con 31, y en algunos años con 28 o 29. El modo de contar los intervalos de tiempo por los códigos civiles antes mencionados no reparan en tales circunstancias, y su proyección al campo penal conduce a la violación de principios constitucionales y convencionales (Vásquez 2019). A la pregunta ¿cuántos días tiene la amenaza de pena de seis años, que contiene sí o sí un año bisiesto? La respuesta, en base a los principios de igualdad y *pro homine*, es que tiene el número de días resultante de multiplicar 365 (el número menor de las dos posibilidades) por 6. Se podría escalar el interrogante destacando que el año de 365 días no es divisible en tercios, pero sí lo es el bisiesto. ¿será a éste al que debería referirse el legislador (para evitar los decimales) v.gr.: en el supuesto del mínimo de un año de prisión previsto en el art. 163 agravado en función del 163 bis cuando quien ejecutare el delito fuere miembro integrante de las fuerzas de seguridad, policiales o del servicio penitenciario?. La respuesta es no (dado el carácter excepcional de la órbita planetaria tenida en cuenta para su cálculo) carece de sentido seleccionarlo como base de la operación. A la pregunta ¿cuántos días tiene la amenaza de pena de seis meses (v.gr: el mínimo de prisión previsto en el art. 87), la respuesta indica que tiene la mitad de un año, esto es 365 dividido 2: 182.5. Como se advertirá emergen los decimales, por lo que, descartados éstos (ya que su aceptación implicaría aceptar la interpretación menos benigna en contra del imputado, acusado, condenado o penado), la amenaza de tal medida de pena supone una leve disminución. En dichas hipótesis, llegado el momento de la individualización, tales conclusiones no pueden ser alteradas bajo ningún concepto. En otros términos, por imperio del principio de legalidad la cantidad de pena aplicada no puede superar en lo más mínimo la cantidad de pena amenazada.

III.2. Las penas abstractas asignadas a los delitos calificados contra bienes individuales

El análisis de las penas agravadas requiere la agrupación de lo que llamaré el “árbol, espiral o matriz de los calificados”¹⁰, consistente en considerar los distintos aumentos de pena con relación al básico, ello sin perjuicio de exámenes comparativos de corte más general (a la luz del precedente “Martínez” y otros). Como no todos los básicos tienen agravantes, y como existen casos de calificados de calificados, la tarea debe realizarse gradualmente en la medida que se van presentando los distintos títulos y capítulos. En dicho proceso, se esté o no de acuerdo con las conclusiones, el intérprete verá los mecanismos de análisis o razonamientos que puede adoptar para identificar irracionalidades en las vértebras del sistema penal, las que deben sumarse a las que con rigurosos exámenes ya ha identificado la doctrina y la jurisprudencia.

Sobre el homicidio doloso

Comenzaré con las relaciones existentes entre el homicidio simple (art. 79), y los homicidios calificados del art. 80 del CP. También se estudiará la repercusión de la agravante prevista en el art. 41 bis. Las penas complementarias y sus combinaciones, también serán consideradas, aunque sin perder de vista su carácter facultativo derivado del “podrá” utilizado por el legislador (CP, arts. 20 bis, 22 bis).

¹⁰ El Dr. Horacio Carranza, en su exposición realizada en este Instituto en el año 2023, titulada “Progresiva intensificación de la afectación de un bien jurídico sin unidad de ejecución” ¿Concurso de leyes? ¿Concurso ideal? ¿Concurso real?, a propósito del caso “Dávila”, utilizó la atinada expresión “grupo de casos”.

El art. 79, que contiene al básico del homicidio, como se sabe, asigna la pena divisible de reclusión o prisión de 8 a 25 años. De los dos extremos el mínimo ha sido tachado de “excesivo frente a los casos de dolo eventual”¹¹. Y del máximo se ha dicho que “no considera con ecuanimidad la criminalidad del homicidio premeditado. Este es un hecho que no sólo tiene una mayor gravedad objetiva, sino que demuestra más peligrosidad en el autor” (NÚÑEZ, III: 27). Sea como sea, no hay dudas que se trata de la base legal respecto de la cual opera el plus que aquí se estudia.

Se califica por las hipótesis de 12 incisos del art. 80, que tienen asignados la “reclusión perpetua o prisión perpetua” (art. 80). Se trata de la pena privativa de la libertad estructurada como alternativa en base a sus dos especies: reclusión o prisión, en este orden. La doctrina, a su vez, le reconoce a cada una de ellas una gravedad diferenciada. Así, DONNA (I 29 y 2023:45, con cita de Alonso) señala que la reclusión perpetua, en el marco de la opción, se encuentra en un escalón más alto.

El art. 80 prescribe la reclusión perpetua o la prisión perpetua al que matare sea cual sea la circunstancia de las previstas una tras otra en 12 incisos¹². Respecto de alguno de ellos, v.gr.: el inc. 1º, se ha dicho que “no se justifica la penalidad impuesta”, que es una “desmedida protección” y que “debería ser revisada a la luz de las normas constitucionales” (DONNA, I 29 y 30). Aparece una de las penas más graves del sistema jurídico nacional, caracterizada por ser en cuanto a la especie (privativa de la libertad) una modalidad que aparenta ser alternativa, es decir, que no constituye una opción real, y en cuanto a su extensión, indivisible (fija, sin escala). La acompaña un profundo debate sobre cuál es su límite máximo, si lo tiene¹³, marco en el cual se conocen variadas posturas. Los que entienden que es 50 años¹⁴, o 30 años¹⁵, o 25 años¹⁶. Asimismo, en el capítulo teórico sobre las penas de larga duración (RODRÍGUEZ YAGÜES, 2023) se discute cuál debería ser.

De aceptarse que legalmente la perpetua equivale a 50 años de reclusión o prisión, como agravante estaría constituida por dos componentes: el procedente de la fracción divisible del básico y el atribuido al plus. Al pasar a ser fija (bajo la denominación “perpetua”), como si no existiera una opción intermedia, el número final en virtud del aumento sextuplicaría (y un poco más) el mínimo y duplicaría el máximo, respecto de la pena asignada a un hecho de la mayor gravedad, matar a un ser humano. Sextuplicar el mínimo es un incremento pocas veces visto en el sistema del Código y exige de las circunstancias que lo motivan una objetividad dañina correspondiente, que no resulta fácil identificar en todos los incs. antes mencionados. La duplicación del máximo, en cambio, tiene mayor frecuencia, aunque no respecto de una de las medidas más elevadas.

Si la tesis correcta fuera que la perpetua llega sólo hasta 30 años, triplicaría, casi cuatuplicaría, el mínimo y al máximo sólo se le agregaría 1/6 (cinco años). Esta fórmula, confrontada con el principio de proporcionalidad, indica levedad en el aumento del máximo.

Si la perpetua fuera sólo de 25 años, como se la consideraba en el pasado, el mínimo se triplicaría y paradójicamente el máximo se mantendría igual.

¹¹ El delito que admite dolo eventual merece menor pena.

¹² DONNA (2023: 11) recuerda que en el Código Penal de Moreno el art. 80 tenía 4 incisos, y sugiere “volver a pensarlo”.

¹³ TERRAGNI (2017: 195) afirma que “Como la propia denominación lo indica, no hay límite temporal”. A Donna 2023:58 no se le escapa que “...se torna dificultoso entender el monto de las penas y cuál es su verdadera extensión”.

¹⁴ Cfse. el plenario de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza, de fecha 30/12/20, en “Inc. en autos F. c/ Ibáñez Benavídez, Yamila M. y Ortiz Rosales Maximiliano e. p/ homicidios calificados”.

¹⁵ Cfse. DE LA RÚA/TARDITTI (II: 641).

¹⁶ Cfse. ZAFFARONI (2010).

En la primera hipótesis, se adiciona 42 años y un poco más (15530 días) al mínimo y 25 años al máximo. En el segundo supuesto, 22 y 5 respectivamente. Y si se considera que perpetua implica sólo 25 años de cárcel, aumenta 17 años al mínimo y nada al máximo.

La omisión de dicho análisis muestra un proceder mecánico, escasamente reflexivo, y genera en quien tiene que tomar la decisión una evaluación parcial de la cuestión, que impide ponderar la corrección, en el árbol de calificantes, de otros tipos de penas o escalas cuantitativas intermedias (para ciertas hipótesis) entre la pena del básico y la pena más grave de todas aquéllas. Una cosa es aprobar el aumento de pena para ciertos homicidios; otra, optar, como si fuera la única posibilidad, influenciado por una lectura político-criminal vigente por lo menos desde el CP francés de 1810, por la más extrema.

El carácter de perpetua impide adicionarle a la reclusión o prisión mayor cantidad de encierro. En el caso del Régimen Penal y Contravencional para la Prevención y Represión de la Violencia en Espectáculos Deportivos, según ley N° 24.192, porque expresamente el art. 80 no está mencionado en su art. 2. En el caso de la ley N° 23.592 que reprime con mayor pena actos discriminatorios, porque los supuestos mencionados en el art. 2 ya se encuentran previstos en aquél (inc. 4).

La pena agravada del homicidio calificado, sin embargo, puede agravarse. Ello ocurre, en virtud de las penas complementarias, cuando se adiciona la inhabilitación o la multa. Quedan de este modo determinados los siguientes tipos de penas: “reclusión perpetua o prisión perpetua e inhabilitación especial –escala–” (art. 80 y 20 bis 1° pár.) y “reclusión perpetua o prisión perpetua y multa que no podrá exceder de 90.000 pesos” (arts. 80, por ejemplo, incs. 3° y 7°, y 22 bis). También puede agravarse por la combinación de las penas complementarias concurrentes previstas en los arts. 20 bis y 22 bis antes mencionadas. Se trata del tipo de pena “reclusión perpetua o prisión perpetua, inhabilitación especial -escala- y multa que no podrá exceder de 90.000 pesos” (arts. 80, por ejemplo, incs. 3° y 7°, 20 bis 1° pár. y 22 bis).

La situación que se crea con motivo de la asignación conjunta de penas complementarias merece ser comentado. Se trata de agravantes de menor gravedad que conviven con las penas principales del homicidio simple y calificado. La inhabilitación especial -escala- prevista en el primer párrafo del art. 20 bis, dada su extensión (6 meses a 10 años, muy por debajo de la extensión de la pena fija privativa de la libertad) casi carece de todo efecto. La del segundo párrafo, en cambio, al ser perpetua acompaña con idéntica extensión al encierro impuesto por un calificado, incluyendo, en su caso, el período de libertad condicional. Mayor eficacia presenta, en cambio, la conminación de la multa prevista en el art. 22 bis si el hecho ha sido cometido con ánimo de lucro (que puede concurrir respecto del art. 79 como de algunos incisos del art. 80), que tiene un mínimo igual a un (1) peso¹⁷ y nunca podrá superar los 90.000, por más que la desvalorización de la moneda de curso legal con la que se paga le quite toda entidad.

El 41 bis, por su lado, inserto en la Parte General, con otros parámetros que el art. 80, cuando establece que “la escala penal...” “se elevará” “en un tercio en su mínimo y en su máximo”, con motivo del elemento objetivo del tipo que contempla una especial modalidad ejecutiva: la “violencia o intimidación contra las personas mediante el empleo de un

¹⁷ Tratándose de una multa complementaria, la escala tiene sentido jurídico si va de 1 a 90.000 pesos. La conclusión se asemeja a la obtenida a partir de la interpretación del art. 307, pero se logra con fundamentos diferentes.

arma de fuego”, también agrava la pena del homicidio básico. Emergen así dos cuestiones relacionadas con el mentado tercio:

1) La razonabilidad (o no) del parámetro utilizado: un tercio del mínimo y del máximo de prisión o reclusión. Se dan cita aquí, en este caso respecto de una circunstancia objetiva, los mismos cuestionamientos que más adelante se desarrollarán con motivo de la fórmula empleada en el art. 163 bis¹⁸.

2) La aparición de los decimales como consecuencia de aumentos de pena cuya cantidad con exactitud no resulta divisible sin aquellos. ¿Cómo se calcula un tercio de una cifra estipulada en años? Primero esta última se transforma a días, luego se la divide en 3. El número en días resultante luego debe volver a ser presentado en años, meses y días. Así es que $1/3$ (973,3333333 días) sumado al mínimo de 8 años (2920 días) da 3893,3333333 días. Esta cifra representa, sacados los decimales, 10 años, 7 meses (de 31 días), 26 días. $1/3$ (3041,6666666 días) sumado al máximo de 25 años (9125 días), resulta ser 12166,6666666 días. Los cuales, traducción mediante, ascienden a 33 años, 3 meses (de 31 días), 28 días. Éstas son las cantidades que conforman la escala agravada de reclusión o prisión que, consciente o no, determinó el legislador en el caso del tipo previsto en el art. 41 bis primer párrafo en función del homicidio simple (art. 79).

Sobre el homicidio culposo

Operadores del sistema penal y dogmáticos de la Parte General y de la Parte Especial, sin dudas, han leído miles de veces el articulado del Libro II del Código Penal. Pocas veces, sin embargo, con un enfoque sistemático sobre las penas asignadas a cada delito. La mayoría de las veces ha sido el tipo penal el objeto central de cada análisis.

Dicha práctica, es decir, la preferencia (en la que no se descartan razones editoriales) por estudiar las prohibiciones y menospreciar la relevancia del conocimiento sobre las consecuencias, con un fin restaurador pretende ser sustituida en este trabajo con la mirada puesta principalmente en las penas que una tras otra se encuentran asignadas por la ley en el mencionado catálogo normativo.

Así es que, luego de ver la matriz de agravantes que giran alrededor del homicidio simple, y de una serie de previsiones relacionadas a delitos atenuados, el intérprete se encuentra con el espiral de las penas impuestas al homicidio culposo.

La pena prevista en el art. 84 siempre ha sido la prueba más evidente del valor que el sistema penal le otorga al componente subjetivo de la acción humana, marco en el cual la culpa es mucho menos reprochable que el dolo criminal, a pesar de ser generadora de un

¹⁸ Por esta vía aparentemente lo pretendido por el legislador fue equiparar el valor asignado a la circunstancia (empleo de arma de fuego) en toda la Parte Especial del Código, pero, al hacerlo no advirtió, como se verá más adelante, la distorsión represiva que se produce al aplicar dicha pauta sobre bases distintas. Tampoco se dio cuenta que, entre los delitos contra la integridad sexual, en el art. 119 cuarto párrafo inc. d) segundo supuesto, la ley penal reprime la comisión del hecho de abuso sexual con armas (entre las que se encuentran las de fuego) que configure sometimiento sexual gravemente ultrajante, con la reclusión o prisión de 8 a 20 años. La misma circunstancia contemplada en el art. 41 bis tiene conminada aquí una pena privativa de la libertad cuya medida constituye un aumento del 100% del mínimo y un 100% del máximo respecto del mismo hecho pero sin uso de armas (art. 119 segundo párrafo). Se deduce, en la comparación, que el plus respecto del mínimo es notablemente superior que el previsto por el legislador para los delitos contra la vida (art. 41 bis en función del art. 79). Es que la propia configuración del mecanismo de incremento ($1/3$ del mínimo y del máximo de tal o cual escala) carece de la precisión comunicativa que debe caracterizar a la ley penal y (si vale justificarlo) le impide al propio legislador tener la suficiente claridad respecto de las penas que construye.

idéntico resultado. Este parámetro, heredado de los códigos europeos, vertebra también al sistema penal nacional.

Lo primero que corresponde advertir es que en el art. 84, bajo la apariencia de un básico (o tipo autónomo o *delictum sui generis*)¹⁹, existe estructurado (junto a él, casi de manera desapercibida) lo que aparenta ser un tipo penal calificado entre líneas. En efecto, en dicha norma se puede leer que “Será reprimido con prisión de uno (1) a cinco (5) años e inhabilitación especial, en su caso, por cinco (5) a diez (10) años el que...”. La doctrina no repara en la cuestión ni critica la pésima técnica legislativa²⁰. Detrás de la expresión “en su caso”²¹, que sólo puede referirse a la inhabilitación especial -escala-, hay toda una variable ligada a las cualidades personales del autor (algo no reflejado expresamente en el tipo básico, y que, en consecuencia, el intérprete debe aceptar que integra uno distinto, con su correspondiente pena) que produce el efecto de dividir el artículo en dos supuestos. También debe repararse en que el tipo de pena debe estar totalmente determinado y asociado con exclusividad a un tipo identificado con plenitud. No puede contener elementos de eventual aplicación. Si emerge tal situación es porque tiene como fuente de asignación un tipo delictivo distinto (en este caso, un calificado) y dichos elementos forman parte de otro tipo de pena (en este caso, agravado). El intérprete no puede ignorar las palabras de la ley y no advertirlo tiene importantes consecuencias prácticas, en tanto da vía libre a una condena a inhabilitación especial -escala- al sujeto activo del delito básico a pesar de la reserva efectuada por la ley para que ello precisamente no ocurra, mediante la inclusión, como se ha visto, de la expresión “en su caso” en el medio del enunciado y entre comas, que identifica dicha especie de pena (art. 84, primero y segundo renglón). Imponerla igual supone analogía prohibida.

Así las cosas, la lectura del art. 84 indica que por un lado está el tipo básico, impecable desde la perspectiva del principio de legalidad, que sólo tiene asignada la especie prisión en cantidad de 1 año (7 veces menos que el mínimo del doloso) para el simple autor del culposo, al cual, vale destacarlo, no está previsto que se le imponga ninguna inhabilitación. Si el juez pretende hacerlo (v.gr.: inhabilitar al particular para que obtenga un carnet de conducir) deberá acudir a la agravante que con carácter de pena complementaria está prevista en el art. 20 bis, siempre que concorra alguna de sus condiciones. Por el otro, se encuentra un esbozo subliminal de tipo calificado al que le asigna mayor pena (la conjunta de inhabilitación, cópula concretada mediante la “e”, que toma tal forma dado que la siguiente palabra comienza con la vocal “i”), ya que, se supone que así lo ha previsto el legislador, su autor se encuentra en una condición jurídica para merecerla, dado su desempeño principalmente en una profesión o actividad cuyo ejercicio depende de una autoriza-

¹⁹ “variante independizada” (JESCHECK, 242), que sirve de base a supuestos calificados.

²⁰ Véase también el art. 156.

²¹ No dice “según el caso”, en virtud de lo cual podría entenderse que se trata de una consideración relativa a la individualización judicial (arts. 40 y 41). La inhabilitación especial en el art. 84 de un modo expreso tampoco está prevista como especie alternativa. Por ello, la inclusión de la preposición “en” seguida de “su caso”, que, sin la primera coma pero con la misma escala se viene repitiendo hasta la última reforma desde el Proyecto de 1891 (art. 115 (la segunda coma ya aparece en el Proyecto de 1917)), sólo puede presuponer que existe un tipo de pena que no la contiene, precisamente el correspondiente al básico constituido exclusivamente por la prisión. En el supuesto del tipo calificado del homicidio culposo, en cambio, en virtud del giro que aparenta ser adverbial introducido por el legislador la inhabilitación no puede ser una eventualidad y su imposición debe atenerse a la escala fijada. Si quiso expresar algo distinto, o “según el caso”, una indagación crítica realizada un siglo después indica que se equivocó, y que el desliz debe ser corregido. El Proyecto de 2014 (art. 83) lo subsanó. El Proyecto de 2018 (también conocido como Borinsky), art. 84, lo mantiene.

ción, licencia o habilitación del poder público. Este tipo exhibe severas deficiencias en torno a su determinación²². Se trata del primer agravamiento de la pena principal de prisión asignada al tipo básico.

La inhabilitación especial que el art. 84 pretende imponer como agravante va de 5 a 10 años, es decir, hasta el doble del límite máximo de la prisión, circunstancia que, como se ha visto, tiene influencia con sentido extensivo en el cálculo que debe hacerse a los fines de la prescripción de la acción (art. 62 inc. 2º). En esta instancia, sin embargo, lo que se pretende reflejar es que dicho mínimo es notablemente superior al mínimo que puede aplicarse en virtud del art. 20 bis inc. 3º, ya que éste admite partir de los 6 meses “aunque esa pena no esté expresamente prevista”. Debe notarse que la norma general evidencia una mayor exigencia para la aplicación de la inhabilitación: debe haber incompetencia o abuso, y a pesar de ello tiene un mínimo notablemente inferior (6 meses) que, en el caso analizado, el previsto en el art. 84 primer párrafo (un ineludible 5 años sin requisitos extras para su conminación, más allá de los que exige el tipo). Vale aquí señalar que la conjunción “aunque” es la que admite, en el supuesto aquí analizado, la aplicación de la pena complementaria estando determinada la inhabilitación con su propia escala como pena principal. También que el CP tiene fórmulas semejantes, como la del art. 81 .1. con relación a especies de la privación de la libertad. Así como que no es la única situación de convergencia que se presenta entre reglas de las Parte General y de la Parte Especial del Código, que requieren una interpretación armónica. En el 84 la inhabilitación está prevista como pena principal, en el 20 bis como una complementaria, que, dadas las condiciones de su aplicación y frente a la decisión del Juez, que debe darse sí o sí, de ejercer la facultad que la norma le otorga, concurren generando respecto de la misma especie una alternatividad en las medidas, particularmente en las mínimas, ya que, en este supuesto, los máximos son exactamente iguales. Es decir, la inhabilitación especial está prevista como pena principal, y en el mismo tipo de pena la complementaria del 20 bis se erige como su alternativa, siempre que el Juez así lo decida dadas las condiciones de su aplicación. La selección de la medida (que puede ser 5 años) dentro de una u otra opción queda para el momento de la individualización.

En el caso planteado, en definitiva, como consecuencia de la interpretación sistemática expuesta, queda configurada la siguiente pena conjunta agravada: “prisión de uno a cinco años e inhabilitación especial por cinco a diez años o inhabilitación especial de seis meses a diez años” (CP, arts. 84 primer párrafo segundo supuesto y 20 bis inc. 3º).

El segundo párrafo del art. 84 establece otra pena agravada cuando expresa que “El mínimo de la pena se elevará a dos (2) años si fueren más de una las víctimas fatales”. La incorrección de la técnica legislativa utilizada, en la que no se menciona a especie alguna, genera el problema relativo a qué pena se refiere, máxime si, según se ha visto, el primer párrafo tiene dos tipos, uno básico, el otro calificado, con sus correspondientes penas. Debe descartarse que configura una pena nueva, distinta a las que se encuentran formuladas en el primer párrafo y que, en dicho marco, determina una pena expresada exclusivamente

²² En la Parte General, precisamente en el art. 20 bis inc. 3º, el enunciado que debería contener expresamente el art. 84 se definen con corrección. El art. 20, que fija los efectos de la inhabilitación especial, prescribe que la condena producirá “la privación del empleo, cargo, profesión o derecho sobre que recayere y la incapacidad para obtener otro del mismo género durante la condena”. Es decir, al tiempo de la condena puede ostentar dichas calidades, o bien, de no tenerlas, no las podrá adquirir durante su vigencia. De lo cual se desprende que, de conformidad a la regulación legal de la inhabilitación, no era ni es necesario que el legislador incorpore la expresión “en su caso” en el art. que contiene al tipo del homicidio culposo, ya que la inhabilitación especial es procedente (a futuro) aún para quien hasta la condena firme nunca tuvo credencial alguna. Al insertar la salvedad en el art. 84 se genera el galimatías.

por la especie de prisión, suprimiendo a la inhabilitación de la estructura de esta nueva pena agravada. La respuesta más plausible indica que, aunque el texto utilizado es en singular (“la pena”), se refiere a las dos. Por lo tanto, por un lado con el carácter de pena agravada aumenta el mínimo de prisión del básico, y por el otro con el carácter de agravante de una agravada aumenta el mínimo de prisión del calificado, manteniendo en este caso la inhabilitación sin cambios, lo cual, esto último, también llama la atención, ya que, o bien el legislador entiende que la escala del primer párrafo (de 5 a 10) es ya suficientemente alta como para aumentar sus extremos, o bien es un caso de ceguera frente la inhabilitación especial conjunta (en otros términos, un claro error del legislador).

El agravamiento, por ser más de una las víctimas que pierden la vida como consecuencia de la acción culposa, puede ser considerado un plus irrelevante, pues consiste en duplicar el mínimo de prisión, manteniendo los parámetros que admiten ab initio la libertad durante el proceso, la probation y la condena condicional, sin modificar el máximo ni las medidas de la inhabilitación.

El art. 84 bis, incorpora otra calificante, mediante un primer párrafo que replica la situación de los tipos y penas previstas en el art. 84, al incorporar la expresión “en su caso”, y con ello, en relación al homicidio culposo cometido mediante la conducción de un vehículo con motor, se reproducen las cuestiones emergentes a las que se ha aludido precedentemente (del básico previsto en el art. 84 primer párrafo primer supuesto y de la calificante inserta en el primer párrafo segundo supuesto). Reprime al hecho captado por el tipo con prisión de dos a cinco años e inhabilitación especial, en su caso, por cinco a diez años. Es decir, equiparación mediante que no puede escaparse al ojo crítico (entre dos acciones culposas, una (vinculada a accidentes de tráfico) con una muerte como resultado, la otra (en casos diversos a aquéllos), con más de una), exactamente la misma pena que la asignada en el segundo párrafo del art. 84.

El art. 84 bis segundo párrafo conmina con pena agravada la ocurrencia de varios supuestos que enumera uno tras otro con carácter de calificantes del primer párrafo del mismo artículo. Con cierta miopía lo hace del siguiente modo: “La pena será de prisión de tres (3) a seis (6) años...” Estructura la pena principal exclusivamente con la especie prisión con medidas que representan un aumento del rigor penal, que logra mediante el plus de un año asignado al mínimo y al máximo, nada más. Vale aquí destacar que el párrafo segundo del art. 84 dice “El mínimo de la pena será...”, y por ello parece razonable entender que refiere a la pena completa que se determina en el primer párrafo, y que lo único que se incorpora como modificación es un aumento del mínimo del primer eslabón (la prisión), pero el resto de la pena queda. El párrafo segundo del 84 bis, en cambio, no alude a una pena determinada en otra parte, sino que expresamente establece sus extremos, y sólo menciona a la prisión. Así las cosas, se está frente a una nueva pena, centrada exclusivamente en la privación de la libertad (en cantidades que admiten la condena condicional) y con una especie menos (que no admite la condena condicional y si la tiene asignada la pena que se agrava). Resulta incomprensible que no incluya la inhabilitación especial como principal conjunta, justo respecto de aquéllos supuestos y en esta pena considerada agravante de una agravada, siendo que como se ha visto se admite su inclusión tanto en los párrafos del art. 84 como en el primero del 84 bis. En este contexto, a pesar de ello, al Juez sólo le queda, para corregir la desigualdad, la chance de aplicar la complementaria prevista en el art. 20 bis inc. 3º.

Excede el objeto del presente trabajo analizar si existe compatibilidad de los tipos contenidos en los arts. 84 y 84 bis con el ánimo de lucro exigido por el art. 22 bis respecto

de la pena de multa complementaria. Pero queda la cuestión planteada, para otra oportunidad.

Sobre las lesiones dolosas

El curso de la investigación me conduce a los arts. 89, 90 y 91; las tan frecuentes figuras de lesiones leves, graves y gravísimas, espectro en el cual resulta dirimente fijar posición sobre sus status. En base a una lectura inicial podría afirmarse que las graves no califican a las leves, ni las gravísimas a las graves. Que se trataría de tres tipos básicos (el primero subsidiario) que contienen afectaciones escalonadas (de menor a mayor gravedad) al cuerpo y a la salud de la persona humana. Las tres especies de lesiones se caracterizan por ser unas más graves que otras, y en consecuencia, la pena para cada grupo es mayor. Los tres tipos contienen lesiones distintas. En este esquema se debería aceptar que las lesiones consideradas graves y gravísimas constituyen un daño, pero sus estructuras típicas no tienen al básico como elemento central (situación que se da v.gr.: en la relación existente entre el apoderamiento y el escalamiento del hurto calificado (CP, art. 163 inc. 4º)). La debilitación permanente de la salud (en el art. 90) como la enfermedad mental (en el art. 91), para dar dos ejemplos de uno y otro, no constituirían circunstancias calificantes de aquél, se configuran con autonomía dada su especificidad. Sin embargo, el examen metódico de los tipos encerrados en los arts. 90 y 91 indica que los dos inician la descripción conceptual con la expresión “si la lesión produjere...” Este elemento objetivo representa el núcleo del básico, al cual respectivamente se le van agregando las circunstancias especiales que tornan graves a las primeras y gravísimas a las últimas. En conclusión, siendo este enfoque el correcto corresponde considerar que el art. 89 contiene al tipo básico, y los arts. 90 y 91 lo califican (SOLER, III: 115).

Las leves consumadas tienen asignadas para el autor y cómplice primario un mínimo de “un mes” y un máximo de “un año” de prisión. Tales parámetros para un sector de la doctrina son “evidentemente” leves (SOLER, III: 122). Las graves dolosas parten de dicho máximo (equivalente al mínimo del homicidio culposo simple) y, rango mediante, llegan hasta los 6 años, en este caso de reclusión o prisión. La escala ha sido valorada como “suficientemente” amplia (*ibidem*). La sanción de las gravísimas se caracteriza por tener el mismo tipo de pena pero con una escala que no guarda continuidad. El mínimo es de 3 años (la mitad del máximo de las graves (tres años menos)) y el máximo asciende hasta los 10. Es decir, una gravísima puede tener como pena concreta (al tiempo de la individualización judicial) una cantidad sensiblemente menor al máximo correspondiente a una lesión grave. Dicho de otro modo, la escala de las gravísimas pone en tela de juicio el máximo del art. 90 o bien presenta una seria fisura al permitir que puedan tener la pena media de una grave.

El art. 92 contiene una calificante más de las lesiones leves, y calificantes de las graves y gravísimas, dada la concurrencia, para todos los supuestos por igual, con circunstancias previstas en el art. 80. Se observa una disparidad de criterios en los aumentos. En el caso de las leves el mínimo de 1 mes asciende a 6 (5 meses más), y el máximo se duplica a 2 años. En el caso de las graves, el mínimo de 1 año pasa a 3 (no respetando la misma proporción que en el aumento del mínimo de las leves) y el máximo de 6 pasa a ser de 10 años (no llega a duplicarse como ocurre con las leves). En el caso de las gravísimas el mínimo queda igual (3 años) y al máximo, sin salir del laberinto, se le suma la mitad (de 10 pasa a 15 años).

Sobre las lesiones culposas

Más adelante se encuentra la matriz de sanciones penales de las lesiones culposas, cuya relación con el árbol del homicidio culposo, ubicado diez artículos atrás y en otro capítulo, merece un pequeño análisis. Lo primero para fijarse pasa por la redacción del tipo, que, con buen criterio (también desde el Proyecto de 1891 (art. 124)), no incluye la expresión “en su caso” identificado y estudiado con motivo del art. 84. Es decir, siendo que el art. 84 primer párrafo pareciera que incluye dos tipos, el art. 94 primer párrafo contiene exclusivamente uno. No sólo eso. El básico de las lesiones culposas tiene asignada una pena principal estructuralmente diversa de aquélla²³. Aquí la ley impone ¿una conjunta o una alternativa?, al determinar sin comas: prisión -escala- o multa -escala- e inhabilitación especial -escala-. ¿Es correcto leer: (prisión) o (multa e inhabilitación), o lo que gramaticalmente corresponde entender es una oración compuesta por dos tramos: (prisión o multa), como primer elemento, (e inhabilitación), como segundo enlazado?. En el primer caso sería una alternativa. En el segundo, una conjunta. La indeterminación a la que se enfrenta el intérprete afecta el principio de legalidad de la pena²⁴.

Se agrava la pena si las lesiones son graves o gravísimas y las víctimas fueren más de una, en cuyos casos sin distinción alguna sólo se aumentan las cantidades de los mínimos previstos: el mes de prisión se eleva a 6, los mil de la multa suben a tres mil, y al mínimo de la inhabilitación especial se le agrega sólo un 50 % (de 1 año pasa a 1 año y medio). Tanto el básico como el calificado tienen conminado como máximo tres años de prisión (art. 94 2º pár.).

El art. 94 bis primer párrafo, continente de las lesiones graves o gravísimas ocasionadas por la conducción culposa de un vehículo con motor, determina como pena agravada la conjunta de prisión con un mínimo de un año (11 meses más que la del básico) y un máximo de tres años (idéntico al máximo del básico, e idéntico al máximo de la pena agravada prevista en el segundo párrafo del art. 94 antes mencionado (siendo que frente a la misma hipótesis pero del homicidio culposo sí se aumentó)) e inhabilitación especial -escala-.

El segundo párrafo del art. 94 bis conmina una pena agravada de la agravada del primer párrafo, que recién se ha visto, dada la ocurrencia de varios supuestos (v.gr.: que el conductor se da a la fuga, entre muchos otros). La ley expresa: “La pena será de dos a cuatro años de prisión...”. El aumento se concreta sumando un año al mínimo y al máximo de prisión previsto para las lesiones culposas agravadas incluidas en el primer párrafo, del mismo modo que lo hecho en el caso del segundo párrafo del art. 84 bis, y con ello se exhibe coherencia. Por otro lado surge que el mínimo (de dos años) duplica al del homicidio culposo simple, dejando entrever que v.gr.: el conductor de un automotor que con su proceder ocasiona más de una víctima de lesiones graves o gravísimas culposas y no las socorre merece ineludiblemente el doble de pena que una muerte culposa ocasionada por mala praxis médica. En otros términos, que la acción culposa de quien termina con la vida merece menor reproche (la mitad de pena) que la de quien lesiona gravemente a varias y las abandona. Valoración discutible que el sistema legal no debería comunicar. Lo que aquí

²³ La pena de las lesiones culposas ha generado debate. Según el CP de 1921 tenía multa fija de 200.000 pesos e inhabilitación especial por 1 a 4 años: “Pena realmente insuficiente” a juicio de NÚÑEZ (III: 194). El Proyecto de 1960 impuso prisión hasta 1 año (hoy llega hasta tres) y multa hasta 100 días, “con la ventaja de que su sistema de “día multa” vuelve más eficaz la represión pecuniaria” (ibidem). Un panorama completo sobre la pena de días-multa en Alemania, así como de otros países, puede consultarse en DONNA (2023: 226) y en CESANO (2010: 16).

²⁴ Su análisis con respecto a las reglas de la prescripción ha sido desarrollado en el trabajo “La pena de los delitos básicos en el sistema del Código” publicado en este mismo Cuaderno.

(como en el art. 84 bis segundo párrafo) está fuera de toda justificación lógica, y trasluce un inadecuado concepto de la pena y sus elementos por parte del legislador, es la omisión de la conminación de la especie inhabilitación (recomendable para estos supuestos), que sí tiene prevista la conjunta asignada a la conducta típica captada en el primer párrafo. No disculpa el error la circunstancia de que, en última instancia, siempre estará disponible para el Juez la facultativa prevista en el 20 bis inc. 3°.

Sobre los delitos contra la integridad sexual

En el Título 3: Delitos contra la integridad sexual, Cap. 2: sin rúbrica, el art. 119 reprime con reclusión o prisión de 6 meses a 4 años el abuso sexual sin acceso carnal. Se califica cuando el abuso por su duración o circunstancias de su realización, hubiere configurado un sometimiento sexual gravemente ultrajante, caso en el cual el autor será pasible de una pena que aumenta 3 años y 6 meses el mínimo y 6 años el máximo (quedando de 4 a 10). Si hubiere acceso carnal (art. 119 pár. 3°) el mínimo sube 5 años y 6 meses y 11 años el máximo (quedando de 6 a 15).

La escala del 3° párrafo del art. 119 tiene pocas equivalencias a lo largo del Código. Dentro del mismo título la ley lo asigna para el que promoviere o facilitare la corrupción de menores de trece años (art. 125 pár. 2° en función del 1°). Para encontrar otro (y el último) hay que rastrear hasta el art. 190 pár. 2°, supuesto en el que está previsto para quien produjere naufragio, varamiento o desastre aéreo mediante la ejecución de cualquier acto que ponga en peligro la seguridad de una nave, construcción flotante o aeronave.

La promoción o facilitación de la corrupción de menores de 18 años (básico que tiene pena de reclusión o prisión de 3 a 10 años), tiene, además de la calificante mencionada el párrafo anterior, otra que la eleva de 10 a 15 años (art. 125 3° pár.), es decir, 7 años más para el mínimo y 5 al máximo, cualquiera fuere la edad de la víctima, cuando mediare engaño, violencia, amenaza, abuso de autoridad o cualquier otro medio de intimidación o coerción, o ciertos vínculos del autor con la víctima. De este modo quedan las calificantes del 2° y 3° párrafo del art. 125 con idéntico máximo.

En virtud del art. 126 se califica la promoción o facilitación de la prostitución. La pena del básico (en virtud del art. 125 bis, de 4 a 6 años de prisión) aumenta sólo 1 año en el mínimo y 4 años del máximo de aquél en caso de concurrir cualquiera de las 3 circunstancias previstas: 1) engaño, fraude, violencia, abuso de autoridad o de otra situación de vulnerabilidad, entre varias; 2) si el autor fuere ascendiente o descendiente, cónyuge, afín en línea recta, para mencionar algunos parámetros que dan cuenta de una relación con la víctima, y 3) si el autor fuere funcionario público o miembro de una fuerza de seguridad policial o penitenciaria. En este último supuesto el reducido aumento del mínimo llama la atención al confluir en el marco de una criminalidad secularmente asociada a tal intervención.

Se califica, asimismo, en virtud del último párrafo del citado art. si la víctima fuere menor de 18 años, caso en el cual la prisión se eleva 6 años el mínimo y 9 años el máximo, poca frecuente dosis de aumento que se encuentra más asociado al piso del que parte y al techo que se pretende fijar. Queda determinada en 10 a 15, escala que sólo se observa a lo largo de todo el Código, dentro de idéntico título y capítulo, en el antes mencionado 125 3° pár. y el 127 últ. pár., y, entre los delitos contra la libertad individual, el tercero, en el 145 ter último párrafo.

El art. 128 contiene cuatro figuras básicas con sus correspondientes penas, podría decirse de mayor a menor. En el 1° pár. se castiga con prisión de 3 a 6 años actividades con fines de lucro de la representación de un menor de 18 años dedicado a actividades sexuales explícitas. En el 2° pár. con 4 meses a 1 año al que a sabiendas tuviere tales representacio-

nes. En el 3º pár. con 6 meses a 2 años al que las tuviere con fines inequívocos de distribución o comercialización. Por el 4º pár. se reprime con 1 mes a 3 años al que facilitare el acceso a espectáculos pornográficos o suministrare material pornográfico a menores de 14 años. Por el 5º pár. el art. 128 califica cada uno de los tipos antes mencionados cuando la víctima fuere menor de 13 años, supuestos en los cuales las respectivas penas de prisión aumentarán “en un tercio en su mínimo y en su máximo”.

Sobre el parámetro de incremento en caso de concurrir dicha circunstancia vale señalar que en el caso del 125 2º pár. el aumento de pena de la promoción o facilitación de la corrupción conduce a la duplicación del mínimo y el máximo sube un tercio. Lo mismo ocurre en el art. 130 donde la sustracción o retención de una persona con la intención de menoscabar su integridad sexual se califica si la víctima fuere menor de 13 años, caso en el cual el mínimo del básico de 1 año se duplica (quedando en 2 de prisión) y al máximo de 4 años se le agregan 2 más (quedando en 6). Sin embargo, la variedad de tratamiento que la ley penal fija para idéntica circunstancia no se agota en dichos antecedentes. En virtud del art. 129 primer enunciado del pár. 2 el autor de las exhibiciones obscenas que afecten a menores de 18 años tendrá pena de prisión de 6 meses a 4 años, siendo que al básico el 129 1º pár. le asigna la pena de multa de 1000 a 15000 pesos. “Lo mismo valdrá” “cuando se tratare de un menor de trece años”, exótica forma de asignar una pena que se lee en el segundo enunciado del mismo pár. y art²⁵. En este supuesto la agravación para dicha circunstancia (víctima menor de 13 años) implica, equiparándolo con el menor de 18, también la sustitución de la especie multa por la de prisión con la escala mencionada.

El título 3 cierra con una fórmula que comprende a todos las figuras agrupadas tras él, y que representa un aumento de pena (una agravante) por una vía distinta a la de su correlación con una circunstancia calificante, como las que hasta aquí se vienen analizando. Se trata de una regla especial (art. 133) que modifica la establecida en la Parte General para los partícipes secundarios (en virtud de la cual se reduce la pena “de un tercio a la mitad” (art. 46 primera parte)), que determina la pena conminando la correspondiente al autor del ilícito (en otros términos, elimina la disminución) para quienes, siendo ascendientes, descendientes, cónyuges, convivientes, afines en línea recta, hermanos, tutores, curadores y cualesquiera persona que, con abuso de una relación de dependencia, de autoridad, de poder, de confianza o encargo, cooperaren en su ejecución²⁶.

Sobre los delitos contra el estado civil (Título 4)

El art. 135 califica al matrimonio ilegal y aumenta el 100% el monto del mínimo y al máximo un 50 %.

²⁵ El giro gramatical aparece en el proyecto alternativo presentado por el diputado nacional Bernardo Pascual Quinzio (Partido Justicialista, San Luis), al final de la inserción por él solicitada en disidencia del dictamen de comisión tratada en el recinto, el 10 de junio de 1998 (Diario de Sesiones, Cámara de Diputados, Reunión N° 17, pág. 2779) que luego fue sancionada por la H. Cámara de Diputados, la que aceptó modificaciones de aquél, y así pasó al H. Senado que también lo aprobó al año siguiente. Al decir de TERRAGNI (2017: 176) se trataría de “vicios de expresión”, aunque, en su estudio sobre la proporcionalidad de la pena, los encuentra entre las figuras delictivas.

²⁶ Lo advierte TERRAGNI (2017: 133), quien admite la pauta dado que el abuso en el marco de dichas relaciones “tiene la propiedad de alterar la regulación que trae el Libro Primero”. No obstante, por otro lado, la crítica por no tener en cuenta la magnitud de los aportes, especialmente cuando no son importantes (TERRAGNI, 2017: 147). Ahora bien, se debe tener presente que como el vínculo con la víctima ha sido contemplada por el legislador como calificante en distintos supuestos del Título, respecto del partícipe secundario, con la fórmula del art. 133 salta la alarma de la prohibida doble valoración.

El art. 138 establece que se aplicará prisión de 1 a 4 años al que hiciere incierto, alterar o suprimiere el estado civil de otro. Se califica (art. 139 2º p. 1º enunciado) si dichas conductas afectan la identidad de un menor de 10 años, caso en el cual la pena ascenderá 1 año más del mínimo (aumenta el 100%) y 2 años más el máximo (aumenta un 50 %).

En un segundo nivel, el art. 139 bis califica a las figuras precedentes mediante el tipo que expresa: al que facilitare, promoviere o de cualquier modo intermediare en la perpetración de los delitos comprendidos en el Capítulo. La ley le asigna, con potencia exorbitante que la torna inconstitucional, la sanción agravada de reclusión o prisión de 3 a 10 años²⁷. De este modo, mediante la indicación de conductas (no de circunstancias) características de la participación primaria y/o secundaria²⁸ se configura un tipo de pena con la

²⁷ La fórmula fue introducida por la LN N° 24.410 (B.O.N. del 2/1/1995). Tiene origen en un proyecto presentado en el H. Senado de la Nación por Ricardo Lafferrieri (UCR, Entre Ríos) y otros más (Diario de Sesiones, 23º Reunión, 30/6/1993), con dictamen a favor de las comisiones intervinientes. Se procura, en palabras del Senador Alasino, reprimir al “intermediario”, que por dinero o poder se aprovecha de la situación de vulnerabilidad de las familias afectadas, así como a “los funcionarios y profesionales de la salud que facilitan, permiten o cometen” el hecho descrito en el art. 139 bis. Para lo cual hicieron consultas a “calificados tratadistas y hombres conocedores del tema”, a los que no identifica. El Senador De La Rúa propuso un texto distinto: “Será reprimido con prisión de tres a seis años el que facilitare, intermediare o retuviera a un menor con el fin de darlo en adopción por cualquier contraprestación. La pena será de tres a ocho años si intervinieran dos o más personas. Se aplicará la misma pena cuando el autor hiciere de ello su actividad habitual”. Pero, además, en el debate objetó el texto que finalmente fue aprobado con una modificación sólo relativa al núcleo de la figura. Al respecto señaló que la técnica utilizada es inadecuada, especialmente cuando el 139 bis expresa “...de cualquier modo interviniere en la perpetración de los delitos comprendidos en este capítulo...” y que se está estableciendo en la misma ley (arts. 138, 139 y 139 bis) “penas distintas para hechos iguales”. Como consecuencia de ello hubo acuerdo en sustituir la palabra “interviniere” por la de “intermediare”. La Honorable Cámara de Diputados contaba con su propio proyecto modificatorio del proyecto original, entre cuyos fundamentos del dictamen que lleva la firma del Dip. Antonio M. Hernández, sobresale la crítica a la fórmula del Senado dado que “...se refiere a formas de participación -facilitar, intermediar- y sancionar a estos partícipes con penas mayores a la de los autores. Así, la del autor en algunos casos tendría la de cuatro años de prisión, mientras que al partícipe le correspondería de tres a diez años. Este criterio contradice los principios generales del Código Penal en cuanto a participación (arts. 45 y 46)”. El Dip. Sánchez Galdeano propuso el siguiente texto: “Si el culpable de las conductas previstas en los arts. 138, 139 y 139 ter fuere funcionario público o se hubiere valido de su arte, oficio o profesión, la pena de prisión se aumentará de cinco a veinte años y se le aplicará, además, inhabilitación especial del doble de la pena impuesta”. El H. Senado en la sesión del 30/11/1994 insistió con su sanción originaria y así quedó aprobado el texto definitivo del actual art. 139 bis.

²⁸ ABOSO (659) por un lado reconoce que “se están puniendo formas de participación” en los delitos previstos en los arts. 138 y 139, “pero los autonomiza atribuyéndoles carácter de delitos propios con pena superior a la del autor de esos otros delitos”, y por otro, con cita de DONNA, Parte Especial II A 94, señala que se ha introducido la “posibilidad de incriminar a título de autor, conductas de terceras personas”. LASCURAÍN SÁNCHEZ (286) cita un caso perteneciente a una matriz de figuras diversas a las aquí examinadas, pero su consideración algunas enseñanzas deja. Fue resuelto en plenario del STC por Sentencia N° 136 del 20 de agosto de 1999, en la que por mayoría se declaró que el tipo penal (considerado de actividad y de peligro abstracto) contenido en el art. 174 bis a) del CP español de 1973, ha vulnerado el derecho a la legalidad penal (art. 25.1 C.E.), por incluir, con pena de prisión de seis años y un día de mínimo a doce años de máximo y multa de 500.000 a 2.500.000 pesetas, en su inc. 1º al que “facilite cualquier acto de colaboración que favorezca la realización de las actividades o la consecución de los fines de una banda armada o de elementos terroristas o rebeldes”, y en su inc. 2º a “... cualquier otra forma de cooperación, ayuda o mediación, económica o de otro género, con las actividades de las citadas bandas o elementos”. Allí se dijo, con cita de precedentes, que el juicio de proporcionalidad se limitaba a verificar que la norma penal no produzca “un patente derroche inútil de coacción...”. También en el fallo se valoró que la misma pena mínima se asignaba “a los integrantes de bandas armadas (art. 174.3), a los ejecutores de una sedición (art. 219.3.o), al aborto doloso no consentido por la embarazada (art. 411, párrafo 1.o1), a las mutilaciones de miembro no principal (art. 419), a las agresiones sexuales graves (art. 430), al robo con torturas (art. 501.4.o) o al incendio de masas forestales con peligro para la vida de las personas (art. 553 bis a)”. Así también expresó que “En el mismo sentido se constata que la pena de pri-

privación de la libertad superior en el mínimo (200% en el supuesto del básico del 138, y 50% en el del calificado del 139 inc. 2º primer enunciado) y en cuanto al máximo aumenta 6 y 4 años respectivamente. También se califican si el autor es un funcionario público o “profesional de la salud”, en virtud de lo cual se adiciona a la especie prisión antes vista la inhabilitación especial por doble tiempo que el de la condena (art. 139 bis segundo párrafo)

²⁹.

Sobre los delitos contra la libertad

En el Título 5 el CP tutela diversos aspectos de la libertad. Entre ellos se destaca la denominada “individual” a la que se dedica el Capítulo 1, caracterizado por haber recibido desde su sanción en 1921 una lluvia de nuevos artículos. De los nueve originales ha pasado a tener 21 en la actualidad.

El nuevo catálogo se inicia con dos tipos básicos. El de reducción a la esclavitud o servidumbre (art. 140) no se califica. En cambio, la privación ilegal de la libertad (art. 141) tiene previstas en el art. 142 distintas circunstancias que motivan mayor pena. Es así que los 6 meses a 3 años asignados al tipo simple ascienden a la escala de 2 (se le adiciona 1 año y medio más) a 6 años (se duplica) de prisión o reclusión por el medio de comisión, el fin del autor, su vínculo con la víctima, el resultado, o la extensión de la afectación. Nuevamente se observa que el mínimo de la pena agravada (2 años) es inferior en un año al máximo de la sanción asignada al básico (3 años), pirueta legal difícil de armonizar.

El art. 142 bis inserta una figura básica muy parecida a la del también básico del secuestro extorsivo (art. 170 primer enunciado), con idéntica pena, esto es prisión o reclusión³⁰ de 5 a 15 años para quien sustrajere, retuviere u ocultare a una persona con el fin de obligar a la víctima o a un tercero, a hacer, no hacer o tolerar algo contra su voluntad. Ésta se agrava por distintas circunstancias. Si el autor lograre su propósito se aumenta a 8 años exclusivamente el mínimo. La equiparación con el del homicidio simple en el caso representa un aumento aproximado del 60%. Asimismo la ley penal indica una serie de circunstancias que de concurrir generan que la escala del básico se aumenta en sendos extremos, llegando a 10 y 25 años de prisión o reclusión. Los supuestos son exactamente los mismos que los 6 incisos previstos en el art. 170 segundo párrafo, salvo el 5º en el que el art. 142 bis exige que la calidad de funcionario o empleado público se haya tenido al momento de comisión del hecho e incluye la pertenencia a las fuerzas armadas. En otros términos, la temporalidad de la calidad y el estado militar sólo aquí califican. Por otra parte se debe señalar (del mismo modo en que se presenta en el árbol del secuestro extorsivo, que más

sión prevista para las conductas de colaboración con o favorecimiento de bandas armadas en la legislación penal de los países de nuestro entorno jurídico y socio-cultural es, de uno o seis meses a cinco años en Alemania —§§ 129 y 129 a) del Código Penal alemán—, de un día a tres años en Austria —§ 279 del Código Penal austríaco—, de hasta cinco años en el Reino Unido —arts. 10 y 11 de la Ley de Prevención del Terrorismo—, de quince días a cuatro años en Italia —arts. 307 y 378 del Código Penal italiano—. Luego, en lo que aquí interesa y se puede desarrollar, los dos primeros votos concurrentes concluyeron, en base a un cúmulo de argumentos y posturas adicionales, que “se ha producido una vulneración del principio de legalidad penal en cuanto comprensivo de la proscripción constitucional de penas desproporcionadas, como directa consecuencia de la aplicación del art. 174 bis a) C.P. 1973. El precepto resulta, en efecto, inconstitucional únicamente en la medida en que no incorpora previsión alguna que hubiera permitido atemperar la sanción penal a la entidad de actos de colaboración...”

²⁹ El 139 bis en su 2º pár. expresa “Incurrirán en las penas establecidas en el párrafo anterior y sufrirán, además, inhabilitación...”, siendo que en el 1º pár. sólo existe un (1) tipo de pena: “reclusión o prisión de tres a diez años”. Será ¿otro “vicio de expresión”? de los que tantos se han encontrado en este trabajo.

³⁰ Aunque el art. 170 primero menciona la reclusión y luego la prisión.

adelante se analizará con detalle) la concurrencia de circunstancias calificantes no tiene un reconocimiento adecuado, particularmente en el mínimo asignado.

La ley, dentro del mismo Capítulo y art. 142 bis, sigue reproduciendo el esquema sancionatorio desarrollado para el antes citado delito contra la propiedad. Asigna de 15 a 25 años si resulta la muerte de la persona ofendida, como consecuencia no querida del autor³¹. La prisión o reclusión perpetua, en cambio, si fuera causada intencionalmente. También prevé la reducción de un tercio a la mitad de la pena del partícipe que se esfuerza para que la víctima recupere la libertad. El conjunto, no tiene un significado neutro; en definitiva, si bien sendos esquemas tratan de ofensas complejas, constituye una nivelación que merece reflexión crítica en torno al valor de la libertad y al de la propiedad en el sistema del Código.

El art. 142 ter contiene la descripción conceptual del básico de la desaparición forzada de personas, el que, con algunos cambios, tiene como precedentes al art. II de la Convención Interamericana sobre desaparición forzada de personas, aprobada por LN N° 24.556 de 1995, y al art. 2 de la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, aprobada por LN N° 26.298 del 2007. El legislador nacional, comprometido a imponerle una pena apropiada que tenga en cuenta su extrema gravedad (arts. III y 7 puntos 1 y 2 a) y b) respectivamente) le asignó el tipo de pena conjunta de “prisión de 10 a 25 años e inhabilitación absoluta y perpetua para el ejercicio de cualquier función pública y para tareas de seguridad privada”. La determinación de la especie privativa de derechos se ha apartado de otras similares que el legislador penal desde antaño inserta en el Código, así como llamativamente omite contemplar el rol gerencial o societario que en el campo privado puede desempeñar el actor de la seguridad que con razón se ha pretendido sancionar. Acostumbrado a copiar, ha revelado su exigua capacidad para destilar penas nuevas.

La limitación teórica, que no puede atribuirse únicamente a los juristas del pasado (que aún no contaban con una dogmática desarrollada en la que sostenerse), ha influido también al tiempo de configurar la calificante y su correspondiente pena³². En efecto, en el segundo párrafo del 142 ter la ley expresa “La pena será de prisión perpetua si resultare la muerte o.....La misma pena se impondrá cuando la víctima...”. Como puede advertirse, en dos ocasiones, una tras otra, alude a una pena que no refiere a la inhabilitación. No hay interpretación posible, respetando el principio de legalidad, que permita pensar que dicha redacción penetra en la estructura de la pena del primer párrafo y sustituye exclusivamente el primer eslabón (a la prisión –escala- la cambia por la fija e indivisible), dejando en pie la especie conjunta que la acompaña. Si ese hubiera sido el propósito la debió haber repetido, indicando que “La pena será de prisión perpetua e inhabilitación...”. Como así no ha procedido el legislador, mantener la conjunta de inhabilitación es admitir que se aplique una pena más grave que la conminada y determinada expresamente por la ley al momento de la comisión del delito. El fallo merecería mayor cuestionamiento si se admite que el legislador ha pensado en instaurar una pena privativa de la libertad verdaderamente perpetua, desconociendo el derecho a la libertad condicional que aún en estos casos el penado detenta. En otros términos, la imaginó de por vida, y por ello creyó que no resultaba necesario limitarle derechos que sólo se ejercen fuera de los muros de la cárcel. En conclusión, la pena principal de la figura calificada resulta ser única.

Por último, se destaca otra singularidad del 142 ter. A la inversa del secuestro extorsivo (art. 170: “de un tercio a la mitad”) y de la sustracción, retención u ocultamiento

³¹ TERRAGNI (2017:141) señala que el castigo es desproporcionado y por ello inconstitucional, lo que a su juicio surge de la comparación con el correspondiente al homicidio simple y al homicidio culposo.

³² Tampoco puede predicarse que es el único supuesto del Código que contiene el mismo error.

con miras a obligar a hacer, no hacer o tolerar algo (el inmediato anterior art. 142 bis: “de un tercio a la mitad”), para un supuesto equivalente (autores o partícipes liberan con vida a la víctima) o, lo que aparenta ser una acción de menor compromiso que la de esforzarse de modo que la víctima recupere la libertad (proporcionen información que permita su efectiva aparición con vida), la ley admite una reducción “en un tercio del máximo y en la mitad del mínimo”. Es decir, en el marco de una figura evidentemente más grave, una quita mayor respecto de idéntico supuesto o aporte de más baja significación.

El art. 143 contempla una serie de tipos básicos (omisiones de liberar, ejecuciones irregulares de la privación de la libertad de detenidos y penados, la recepción ilegal de éstos o la omisión de darle intervención al juez competente), con 1 a 3 años de pena privativa de la libertad e inhabilitación especial por doble tiempo, que se califican (art. 144) cuando concurrieren algunas de las circunstancias enumeradas en los incs. 1 (con violencia, fines religiosos o de venganza), 2 (la víctima fuere familiar o allegado), 3 (resultare grave daño a la persona o sus negocios del ofendido) o 5 (la privación durare más de un mes) del art. 142. Ocurrido ello el legislador dispone mantener igual mínimo y aumentar 5 años exclusivamente el máximo de aquél, resultando en consecuencia una escala agravada de reclusión o prisión de uno a ocho años. Surge así la incógnita sobre los criterios que pesan en la voluntad del legislador, para, frente a la concurrencia de circunstancias calificantes por él definidas, sin tener en cuenta aquí la proporción, en alguna oportunidad aumentar sólo el mínimo del básico, en otras su mínimo y máximo, y en un tercer grupo sólo este último.

A continuación, el 144 bis establece básicos (abusos funcionales comprensivos de la privación ilegal de la libertad, severidades, vejaciones o apremios), sancionados con prisión o reclusión de uno a cinco años e inhabilitación especial por doble tiempo y calificados por supuestos identificados en el último párrafo del mismo artículo. Los mismos surgen a partir de la concurrencia de los tres básicos con las circunstancias previstas en los mismos incs. del art. 142 mencionados en el párrafo anterior, pero, en tales supuestos, el agravamiento opera en el mínimo al que se le suma un año (representando un aumento del 100%, o el doble) y en el máximo al que también se le adiciona idéntica unidad (representando un aumento sólo del 20 %), quedando determinada una pena conjunta de reclusión o prisión de dos a seis años y la inhabilitación con la misma fórmula que se observa en el básico³³.

Así las cosas, la comparación de los arts. 143 (básico), 144 (calificado) y 144 bis³⁴ (contiene un básico y su calificado) desafía el entendimiento dogmático que pretende captar sus sentidos. Los mínimos del 143, 144 y primer párrafo del 144 bis son idénticos en lo concerniente a la especie privativa de la libertad, pero el máximo del primero es de 3 mientras que el del 144 y del básico del 144 bis llega a 5 años. En dicho marco, la igualdad de circunstancias que califican dichos abusos funcionales (los incs. 1, 2, 3 y 5 del art. 142 mencionados por los arts. 144 y 144 bis segundo párrafo) no incomoda al legislador para en el segundo aumentar tanto el mínimo como el máximo (consagrando un mayor agravamiento, dada la entidad del aumento), pero en el primero sólo su máximo.

³³ La ley no refiere a ella, pero surge de la interpretación del texto del último párrafo, cuando, teniendo en cuenta la pena del básico, a los fines de determinar el aumento alude sólo a uno de sus extremos, manteniendo (en silencio) igual al otro.

³⁴ Los arts. 143 y 144, con modificaciones introducidas por la LN N° 14616 del año 1958, en la gestión del Presidente Frondizi, proceden del Código del 21. La arquitectura del 144 bis, en cambio, se le debe en su totalidad al legislador del gobierno desarrollista.

Diverso es el origen del 144 ter. En efecto, es la lectura político-criminal del Presidente Alfonsín, que, apenas asumió, en acuerdo de Ministros, se imprimió en el Proyecto 0004-PE-83 que remitió a la H. Cámara de Diputados con modificaciones al art. 144 ter entonces vigente (originario de la LN N° 14616), el que, luego de un debate parlamentario, configuró el texto vigente en la actualidad, promulgado por decreto N° 3457/84, de los tipos relativos a la imposición de la tortura. El básico tiene estipulado un tipo de pena más grave que la del homicidio simple: reclusión o prisión de 8 a 25 años e inhabilitación absoluta y perpetua.

Surge en este punto una cuestión que merece análisis. Me refiero a las diversas modalidades que utiliza el legislador para especificar la especie “inhabilitación”.

Se sabe que la primera gran diferencia pasa por la identificación de si es especial o absoluta.

En primer lugar se debe señalar que existen supuestos en los que la inhabilitación no tiene definida la categoría a la que pertenece. Tal es el caso de los siguientes tipos de pena: prisión -escala-, multa equivalente de dos a seis veces el valor de las operaciones e inhabilitación de hasta seis años (art. 311), y de prisión –escala- e inhabilitación de hasta seis años (art. 312)³⁵.

Aquí (por el art. 144 tercero) interesa la absoluta como pena principal, que a lo largo del Código puede observarse en los siguientes términos:

- 1) existen tipos de penas en los que se encuentran asignadas tanto la inhabilitación especial como la absoluta, es decir, gozan de un estatus de convivencia. Tal es el caso de la prevista por la CN, arts. 36 y 29, y el supuesto del art. 227 bis pár. 1° y 235 pár. 1° del CP: reclusión -escala- o prisión -escala- e inhabilitación especial por un tiempo doble del de la condena y nota de infamia por el tiempo de la condena e inhabilitación perpetua para ocupar cargos públicos.
- 2) Sin perjuicio de lo señalado en el punto anterior, la absoluta integra 25 tipos de penas, que no siempre tienen la misma composición. Está asignada junto a la multa, a la prisión, a la prisión y a la multa, a la prisión o reclusión, a la prisión o reclusión y a la multa, o como especie única.

En cuanto a la medida tiene cuatro fórmulas: escala ((art. 259)), por el doble tiempo de la condena ((art. 275, párrafos 1° y 3°)), por el triple tiempo de la condena ((art. 281)), y perpetua (CN, arts. 29 y 36, y supuesto del art. 227 bis pár. 2° del CP).

La inhabilitación llamada por la ley “absoluta” no priva de todos sus derechos al condenado, sólo comprende los mencionados en el art. 19 del CP. En dicho marco los límites temporales mencionados en el párrafo anterior constituyen privaciones acotadas en el tiempo (CP, art. 20 ter)³⁶.

Algunos tipos de pena no tienen expresada limitación temporal alguna y constriñen la privación a un derecho determinado (v.gr: la inhabilitación absoluta para desempeñar cargos públicos del art. 252, pár. 3°). En función del art. 19 tiene carácter definitivo a partir de la sentencia firme la privación del empleo o cargo que ejercía “al tiempo del delito, como aquéllos a los que el penado accedió después del delito y antes de la condena” (DE LA RÚA/TARDITTI, II: 696). Dicho empleo o cargo público no se repone (art. 20 ter pár. 3°).

³⁵ Se trata de tipos de penas abiertos, que, como tales, merecen la tacha de inconstitucional (VÁSQUEZ, 1995: 59).

³⁶ La doctrina señala que “dura el tiempo fijado en la condena dentro de la escala preestablecida” (DE LA RÚA, 277). El problema constitucional surge cuando la inhabilitación (en el correspondiente tipo de pena o en una fórmula como la del art. 19 del CP) carece de definiciones sobre la medida legal durante la cual puede extenderse aquélla o no establece las pautas para determinarla con precisión.

No tiene el mismo carácter la privación del derecho electoral, y por lo tanto debe quedar enmarcada dentro de una escala, o, si el legislador quiere que sea perpetua su asignación debe ser expresa con tal extensión. En relación a la incapacidad para obtener cargos, empleos y comisiones públicas la ley debe definir si o si el lapso que puede durar a partir de que adquiera firmeza la condena. Si se pretende que sea perpetua la ley debe decirlo. Se presenta idéntica exigencia respecto de la suspensión del goce del derecho adquirido a una jubilación, pensión o retiro por parte del condenado, caso en el cual la temporalidad limitada resulta indubitable dada la expresión legal que en la actualidad la preceptúa (De La Rúa 274)³⁷. En el supuesto del art. 252 mencionado al comienzo, por otra parte, el art. 19 no rige en toda su extensión (no afecta el derecho electoral y no habilita la suspensión de derechos previsionales), sólo proceden sus incs. 1º y 3º. Se trata de un tipo de pena diseñado por el legislador en la Parte Especial con criterios diversos al del molde previsto en la Parte General del mismo Código. Una excepción a este esquema lo constituye el tipo de pena previsto en el 117 bis inc. 4º) (prisión -escala- e inhabilitación para el desempeño de cargos públicos por el doble del tiempo que el de la condena) (artículo que tiene serias deficiencias de constitucionalidad³⁸), que, incurre en un desliz al llamar “accesoria”³⁹ a lo que en realidad es una pena conjunta que no es inherente a otra (NÚÑEZ, II:431), eludiendo mencionar a qué especie de inhabilitación refiere. Otra excepción se erige a partir de lo que puede entenderse que, con idéntico contenido sancionatorio, la ley entiende que es mejor denominarla inhabilitación especial, como lo hace en los arts. 144 cuarto inc. 4º, en función de los incisos 1º y 2º primera hipótesis, 144 cuarto incs. 1º, 2º segunda hipótesis y 4º, CN, arts. 29 y 36, y supuesto del art. 226, párrafo primero, en función del art. 235 párrafo primero del CP, arts. 258 bis y 259 bis, art. 256 bis 1º pár., arts. 256 bis primer pár. y 259 bis. Es decir, la ley a la privación de ejercer la función pública o ocupar cargos públicos a veces la llama especial y en otros casos absoluta.

La inhabilitación absoluta aplicada a funcionarios públicos como a particulares en función de los términos expresos del art. 144 tercero 1, párrafo segundo, respecto de los últimos, exclusivamente representa un impedimento a futuro. Dicha proyección sancionatoria la torna más leve para los particulares⁴⁰. Respecto de quien ostenta la calidad de fun-

³⁷ Se discute la constitucionalidad de la suspensión, en ciertos casos, durante la libertad condicional.

³⁸ a las que me he referido en mi trabajo sobre los delitos básicos.

³⁹ El art. 117 bis fue incorporado por la LN N° 25326 de Protección de los datos personales (art. 32). Este inadmisibles “vicio de expresión” (TERRAGNI, 2017: 176) arrancó desde el H. Senado de la Nación en el año 1998 (TP 189), se mantuvo hasta la sanción definitiva de la ley que lo cobija, sin que ningún legislador advirtiera el claro error conceptual que se insertó en el actual Código Penal. Nada autoriza pensar que en lugar de constituir el plus por la concurrencia de la circunstancia calificante que se instrumenta mediante la integración de la inhabilitación como principal conjunta a la pena que supuestamente ya cuenta con otra especie principal (no se olvide el lector que aquí eso precisamente no ocurre) en el 4º pár. se instituye otro supuesto de inhabilitación accesoria, inherente a la principal, del modo en el que está prevista en el art. 12, por más que esté prevista “de manera expresa” por la ley (NÚÑEZ, II: 431). Todo este esfuerzo de interpretación, por cierto, no logra salvar la vigencia del art. 117 bis. En dicho marco es insostenible pensar que en definitiva el del inc. 4º tiene autonomía como tipo de pena y en consecuencia es la única aplicable en base a dicho artículo. Un tipo de pena integrado sólo por una especie que nació para ser un plus y conjunta de otra coloca al intérprete en la exigida posición de señalar que, a pesar de la apariencia de que por lo menos tiene asignada una menguada sanción, estrictamente debe rechazarse su vigencia debido a que, tratándose de una calificante, no puede sustentarse sin un básico que tenga su correspondiente pena.

⁴⁰ Nótese que el art. 19 1. expresa que la inhabilitación absoluta importa la privación del empleo o cargo público que “ejercía” el penado. Sin embargo, en virtud del inc. 3 también comprende “la incapacidad para obtener cargos, empleos y comisiones públicas”, por lo que se supone que la sanción resulta procedente aunque no los haya tenido al tiempo de la ejecución del hecho o al tiempo de la imposición de la sanción. La

cionario público al tiempo de la comisión delictiva, en cambio, la sanción recae para que la deje de tener y no pueda volver por ella.

Resumido. El art. 144 tercero se califica sólo por dos circunstancias: 1) si con motivo u ocasión de la tortura resulta la muerte de la víctima, en cuyo caso la pena será de reclusión o prisión perpetua; 2) si se causare lesiones gravísimas, en cuyo caso se aumenta dos años el mínimo (quedando en 10) y se mantiene el máximo de 25. Las graves, en este caso, quedan comprendidas dentro del básico.

Por último, corresponde señalar que el art. 144 ter pár. 2º dice "...la pena privativa de la libertad será de reclusión o prisión perpetua". Ello permite sostener que, dada la concurrencia del resultado muerte (lo que también ocurre con las lesiones gravísimas), aunque no está expresamente establecido, se mantiene en el tipo de pena de la calificante la inhabilitación absoluta y perpetua prevista en el párrafo 1º.

La LN Nº 23097 también introduce nuevos artículos. El 144 cuarto, que contempla básicos y un atenuado, asigna un tipo de pena singular en la medida que adiciona como conjunta, a la prisión de 3 a 10 y a la inhabilitación especial perpetua para desempeñarse en cargos públicos, la de "...tener o portar armas de todo tipo (art. 144 cuarto inc. 4º, en función de los incisos 1º y 3º), utilizando inadecuadamente la expresión "comprenderá" para dar a entender que aquélla también abarca a la peculiar privación, cuando se trata de una modalidad cualitativamente diferente de la inhabilitación. El inc. 2º tiene el perfil de un tipo privilegiado, a cuyo autor se le asigna prisión de 1 a 5 años, más la conjunta de "inhabilitación especial para el ejercicio de su profesión por el doble tiempo de la pena de prisión" si el funcionario que tomase conocimiento de los hechos comprendidos por el 144 tercero y que, careciendo de competencia, omite denunciarlo ante la autoridad competente, además "fuera médico"⁴¹. En función del inc. 4º, en este caso el tipo de pena que se constituye es el siguiente: prisión –escala-, inhabilitación especial perpetua para desempeñarse en cargos públicos, inhabilitación especial perpetua para tener o portar armas de todo tipo, e inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión médica por el doble tiempo de la pena de prisión.

En el art. 144 quinto la misma LN también incorpora un tipo autónomo.

El título más adelante contempla, de conformidad a la LN Nº 26842 del año 2012, la figura básica del ofrecimiento, captación, traslado, recepción o acogimiento con fines de explotación, a la que asigna el mínimo no excarcelable de 4 y un máximo de 8 años de prisión, sin inhabilitación y sin multa principal (art. 145 bis). El 145 ter estipula un extenso elenco de calificantes, en virtud de las cuales eleva nada más que 1 año al mínimo (quedando en 5) y nada más que 2 al máximo (quedando en 10). Se advierte que las medidas agravantes se achatan dada la envergadura de las cantidades que se fijan como punto de partida. Si se logra consumir la explotación del delito de trata de persona la pena será mayor, en este caso partirá de 8 (se adicionan 3 años) hasta, sumando nada más que 2 años, el poco frecuente máximo de 12 de prisión⁴². Cuando la víctima fuere menor de 18 años la pena será de 10 a 15 años de prisión.

inhabilitación especial, de conformidad al art. 20, en cuanto a la temporalidad, con otros términos expresa lo mismo, ya que expresa: "producirá la privación del empleo, cargo, profesión o derecho sobre que recayere y la incapacidad para obtener otro del mismo género durante la condena". Es decir, como aquélla la sanción también es viable aunque nunca haya tenido en el pasado ni en el presente calidades relacionadas a un empleo, cargo, profesión o derecho. En sendos supuestos, en los que eventualmente podría operar hacia adelante, el castigo puede carecer de contenido y la sanción resultar en una mera ficción.

⁴¹ El 139 bis pár. 2º refiere al "profesional de la salud".

⁴² Sólo compartido con los delitos previstos en los arts. 229 en función del 235 párrafo tercero, 234 en función del 235 párrafo tercero, 238 ter, 252, 256 bis y 257 del CP.

Sobre las amenazas

El árbol de las amenazas, en cambio, que no emerge con el Código del 21, no es tan reciente. En efecto, los tipos y penas contemplados en los arts. 149 bis y 149 ter actualmente vigentes le deben a la LN N° 20642 del año 1974 su configuración. Las amenazas simples tienen asignadas una pena de prisión de 6 meses a 2 años, y se califican por el uso de armas o su carácter de anónimas, en virtud de lo cual la pena agravada se constituye con aumentos de poca entidad, duplicando el mínimo (llega a 1 año) y sumando 1 año al máximo (llega a 3). La coacción, que tiene asignada la prisión o reclusión de 2 (1 año menos que el máximo de las amenazas calificadas) a 4 años, tiene dos tipos de calificantes. Cuando concurren las mismas circunstancias que califican las amenazas la pena asciende a la escala de 3 (ya no se duplica el mínimo, sino que se le suma 1 año)⁴³ a 6 años (que representa un aumento de un tercio, cuando en el caso de las amenazas ascendió al 50 %). En segundo lugar, cuando es a un funcionario público a quien se le pretende arrancar las medidas o se procura que el amenazado abandone el país, la provincia o sus lugares habituales de residencia o trabajo, el mínimo es de cinco años y el máximo de 10.

Sobre los delitos contra la propiedad

Llega el momento de enfrentar el sistema de sanciones de los ataques a la propiedad.

Comenzaré con los apoderamientos de cosas sin violencia ni fuerza.

El hurto simple (art. 162) constituye el tipo básico comprensivo de una acción que tiene asignada la pena de prisión de 1 mes a 2 años.

Dicha pena se agrava⁴⁴ por cuatro razones:

1. Circunstancias relativas al objeto y lugar, medio, oportunidad y al modo, en virtud de lo cual al mínimo se le suman 11 meses (queda en 1 año) y al máximo se lo triplica (se le suma 4 años, quedando en 6) (art. 163).
2. Circunstancias relativas al autor previstas en el art. 163 bis (miembro integrante de las fuerzas de seguridad, policiales o del servicio penitenciario)⁴⁵, que generan un aumento del tercio tanto de su mínimo como de su máximo (quedando determinada una escala de 40 (1 mes y 10 días) a 973 días (2 años y 8 meses))⁴⁶.

El tercio (como la mitad) son palabras que hacen referencia a fracciones de una unidad, añejas en el vocabulario penal, que se encuentran, para dar algunos ejemplos, en el Proyecto Tejedor como en el Código Penal Francés de 1810. Es decir, tienen en su genoma la lectura político-criminal represora de aquellos tiempos, receptada en el CP de 1921, que un siglo después requiere hacerla pasar por el microscopio reflexivo de la dogmática actual. La inspección debe tener en cuenta que en el supuesto analizado la agravante plasma un aumento de la pena asignada a un básico y a un calificado (con sus correspondientes penas), y que al hacerlo, sin establecer directamente la medida (v.gr.: adicionar 1 año al mínimo y 3 al máximo) el legislador configura el mecanismo de dicha ampliación en el

⁴³ Como se observa, el aumento de tan solo 1 año, al mínimo o al máximo, es una práctica del legislador penal en distintos momentos históricos.

⁴⁴ NÚÑEZ (1951: 180) califica de “notable” que “cualquiera de las calificantes del hurto es más severamente reprimida que la violencia física en las personas y la fuerza en las cosas, transformadoras del hurto en robo”.

⁴⁵ Los militares y miembros de la AFI están excluidos.

⁴⁶ En otros supuestos el Código, respecto del mismo bien jurídico y calidad, agrava la pena con mucho mayor intensidad. Así por ejemplo en el art. 170 párrafo segundo punto .5, asigna la de diez (10) a veinticinco (25) años de prisión o reclusión, “Cuando el agente sea funcionario o empleado público; o pertenezca o haya pertenecido a alguna fuerza de seguridad u organismo de inteligencia del Estado”.

que no puede asociarla a los montos que integran las distintas sanciones del básico y calificado comprendidos. Es precisamente lo que ocurre con el 163 bis cuando expresa que “En los casos enunciados en el presente Capítulo...” “la pena se aumentará en un tercio en su mínimo y en su máximo,...” Ello no quiere decir que no puede asignarle un tercio de aumento (si éste fuera razonable, cuestión que merece aparte un profundo análisis), calcular a cuánto asciende y sumarlo a aquéllos. Lo que resulta objetable es que tome como base de la operación (1/3 de sus escalas) las medidas que el básico y el calificado tienen asignados. Al proceder de este modo incurre en una sutil doble valoración (usa expresamente las medidas ya determinadas en la pena de aquéllos –que contiene la estimación de las circunstancias típicas comprendidas en ellos- para fijar la cantidad del aumento del nuevo calificado), y como tales medidas son variadas, resulta que por idéntica circunstancia (el rol funcional antes identificado) varía la cantidad del aumento al estar éste referenciado a la pena conminada en cada supuesto. Ejemplo: en el hurto simple la calificante deriva en el aumento de 10 días del mínimo y 243 del máximo. En el caso del hurto calificado la misma circunstancia representa 121 días y 730 más respectivamente. En otros términos, cuando se da la situación contemplada por el art. 163 bis, en la que, vale advertirlo, no se determinan de un modo expreso los elementos de la pena que el legislador pretende asignar, la regla establecida para que al número de la pena agravada lo deduzca la autoridad judicial no puede violar el non bis in idem. Sin perjuicio de ello, el plus que suscita una circunstancia calificante de carácter personal debe estar caracterizado para todos los hechos típicos a los que aplica por idéntica especie y cantidad. Debe decirse aquí también, como ya se ha visto, que el tercio en algunos casos no y en otros sí (cuando se aplica a cantidades no divisibles por 3) genera números con decimales.

3. En virtud del 20 bis, deviene aplicable la inhabilitación especial -escala- con carácter de pena complementaria.

4. En virtud del 22 bis, si el hurto se ha cometido con ánimo de lucro, el Juez también podrá agregarle la multa -escala-⁴⁷.

El 163 bis también configura una pena agravada de la agravada prevista en el art. 163. En este caso los números se disparan a 486 días el mínimo (1 año y 4 meses aproximadamente, es decir aumenta 4 meses) y el máximo asciende a 8 años.

El 163, asimismo, se califica y en consecuencia su pena se agrava también por los arts. 20 bis y 22 bis en las condiciones de su procedencia.

Como resultado de todo ello el Capítulo 1 del Título 6 contiene los siguientes tipos de penas: prisión -escala- (art. 162), prisión -escala- e inhabilitación especial -escala- (arts. 163 bis, 162, 20 bis), prisión -escala- y multa -escala- (arts. 162 y 22 bis), prisión -escala- e inhabilitación especial -escala- y multa -escala- (arts. 162, 20 bis, 22 bis).

El legislador agrega nuevas calificantes. No lo hace a continuación, como el sentido jurídico lo indica, sino en el Capítulo 2 bis: Abigeato (después del Capítulo 2 dedicado al Robo).

⁴⁷ El Proyecto de 1891 incluía como elemento típico del hurto al “ánimo de lucro”. El Proyecto de 1906, y sus sucedáneos, lo suprimieron. La jurisprudencia admite la pena complementaria a casos distintos del mero hurto de lo ajeno, considerando dicha subjetividad como “contenidos internos más amplios” que importan “una modificación” del tipo previsto en la Parte Especial, que no están implícitos en la figura, siempre y cuando estén referenciados en la acusación y debidamente acreditados (Cfse. “Avendaño” TSJ, Sala Penal, S. N° 106, del 7 de Octubre del 2005, y “Druetta”, TSJ, Sala Penal, S. N° 259, del 2/10/2011, citados por HAI-RABEDIAN, II: 174).

Por vía del art. 167 ter primer párrafo califica al hurto simple considerando al objeto y al contexto de la sustracción (cabezas de ganado mayor o menor ubicados en ciertos lugares) e impone la pena de 2 a 6 años de prisión. Esto es aumenta 23 veces el mínimo (el doble del hurto calificado previsto en el art. 163, y un poco más de 8 meses del mínimo al que asciende por el 163 bis) y le suma 4 años al máximo (quedando equiparado al del 163 y 2 años abajo del máximo proyectado por el 163 bis).

El legislador le constituye un agravamiento (cuando fuere 5 o más cabezas y se utilizare medio motorizado) a la pena agravada del 167 ter primer párrafo, la que fija en 3 a 8 años de prisión, es decir le suma un año más al mínimo y dos más al máximo. El abigeato agravado en virtud del segundo párrafo del art. 167 ter queda así equiparado por el mínimo con los siguientes delitos: el homicidio culposo calificado del art. 84 bis segundo párrafo, las lesiones gravísimas (art. 91), al abuso sexual calificado del último párrafo del art. 119, la promoción o facilitación de la corrupción de menores del primer párrafo del art. 125, con varias hipótesis del art. 189 bis, la coacción agravada del 149 ter inc. 1, a los robos calificados del art. 166 último párrafo y del art. 167, entre otros. Por el máximo, con el hurto calificado por el art. 163 bis, por ejemplo. Tanto por uno como por el otro con el chantaje del art. 169, por ejemplo.

No satisfecho con ello el legislador vuelve a aumentar la pena del abigeato simple y calificado, en un tercer nivel de agravación con respecto del hurto simple y en paralelo al 163 y 163 bis, asignando ahora reclusión o prisión de 4 a 10 años en caso de concurrir las circunstancias enumeradas en el art. 167 quater. En dicho marco, dado que tales calificantes pueden concurrir tanto con el básico 167 ter primer párrafo como con el 167 ter segundo párrafo, la nueva sanción se concreta en un incremento de entidad diversa, en el que es mayor respecto del primero que del segundo, cuando todo indica que debería ser al revés. En efecto, el plus respecto del 167 ter primer párrafo consiste en adicionar la especie reclusión (como si se justificara) y duplicar el mínimo. Al máximo se le adosan 4 años más. En relación al tipo contenido en el 167 ter segundo párrafo, al mínimo le suma otro año y al máximo de 8 le adiciona 2 años más. Es notable la ingeniería del legislador, que conduce a tal desproporción. Su origen tiene por base penas elevadas para el primer supuesto que operan de tal modo que las circunstancias agravantes del 167 ter segundo párrafo quedan en un segundo plano en la determinación legal sucesiva. V.gr.: el robo de ganado mayor que se encontraba en un establecimiento rural tiene la misma pena que el robo en el que el autor se apodera de 5 cabezas o más utilizando un medio motorizado (arts. 167 quater inc. 1º y 164, en función del 167 ter primer párrafo y del 167 ter segundo párrafo).

Entre dichas circunstancias⁴⁸ se destaca la prevista en el inc. 5º “Participare en el hecho un funcionario público quien, violando los deberes a su cargo o abusando de sus funciones, facilitare directa o indirectamente su comisión”. Ello en razón de que, al no incluirse ahora una regla como la establecida en el art. 163 bis respecto de la pena privativa de la libertad, la intervención de funcionarios prestadores de servicios de seguridad pública tiene en el inc. 5 una vía estructuralmente distinta por la que la misma calidad del autor es

⁴⁸ Las otras son: inc. 1º: fuerza en las cosas o violencia en las personas. En este supuesto no quedan incluidas las circunstancias distintivas previstas por los arts. 165, 166, 167 y 167 bis, que deberán ser consideradas al tiempo de la individualización judicial; inc. 2º: “se alteraren, suprimieren o falsificaren marcas o señales utilizadas para la identificación del animal”; inc. 3º: “se falsificaren o se utilizaren certificados de adquisición, guías de tránsito, boletos de marca o señal, o documentación equivalente, falsos”; inc. 4: participe en el hecho una persona que se dedique a la crianza, cuidado, faena, elaboración, comercialización o transporte de ganado o de productos o subproductos de origen animal; y el inc. 6º: la participación en el hecho de tres o más personas.

reprimida (en el 163 bis basta tenerla, en el 167 quater debe facilitar la comisión del abigeato violando los deberes a su cargo o abusando de sus funciones). Queda expuesta así la desigual manera legal de considerar el castigo de la misma circunstancia calificante: por el 163 bis aumenta 1/3 del mínimo y del máximo, mientras que por el 167 quater, dentro del mismo árbol de agravantes, lo hace de otro modo aunque las pautas dan resultados próximos: un tercio sobre 3 da 4, sobre 8 da 10 años y medio.

Las penas agravadas se agravan mediante la adición de la inhabilitación especial por el doble del tiempo de la condena si participare en el hecho un funcionario público o una persona que se dedique a la crianza, cuidado, faena, elaboración, comercialización o transporte de ganado o de productos o subproductos de origen animal. Y como se verá más adelante también con el agregado de una multa.

Vamos por parte.

En el sistema del Código la inhabilitación especial por un tiempo doble del de la condena (art. 235)⁴⁹ o por doble tiempo que el de la condena (art. 189 bis último párrafo) o por el doble tiempo del de la condena (art. 167 quinque) o por el doble del tiempo que el de la condena (117 bis inc. 4º), o por doble tiempo de la pena de prisión (art. 144 cuarto incs. 1º, 2º segunda hipótesis y 4º)⁵⁰, sin perjuicio de las que tienen a la inhabilitación absoluta como referencia del mismo proceso de cuantificación, con pequeñas diferencias gramaticales, todas expresan exactamente lo mismo. Aparece, sin fundamento alguno, prevista en el Proyecto de 1891 (por ejemplo, en el art. 280 para los que hubieren promovido o ejecutado los delitos del título X Contra los poderes públicos y el orden constitucional (rebelión, sedición, etc.). Luego es receptada por los proyectos de 1906 y de 1917, y por el Código de 1921. Sin embargo, debe advertirse, la inserción del art. 167 quinque, mediante la ley N° 25.890, data del año 2004. Ahora bien, que hayan intervenido legisladores del nuevo milenio no significa que se trate de especialistas en antigüedades que rescataron la fórmula del viejo cofre. La propuesta nació del Poder Ejecutivo, según surge del Proyecto 0431 del año 2003 (mensaje N° 1182) presentado al H. Senado de la Nación. Y en sus fundamentos, en el marco de un esfuerzo por justificar la reforma, puede leerse que en relación a la pena de inhabilitación especial por el doble de la condena (en lugar de consultar los precedentes nacionales antes mencionados), siguió "... un temperamento formulado en otras legislaciones".

Se trata de una pena principal indivisible especificada teniendo en cuenta calidades del autor del hecho. La inhabilitación especial, como especie, y su mecanismo de determinación, el doble tiempo de la condena, están asignados de un modo conjunto, por regla,

⁴⁹ En el caso del art. 234 (seducción de tropas, usurpación o retención de mandos (NÚÑEZ, 1999:410)), "reprimido con la mitad de la pena correspondiente al delito que trataba de perpetrar", en definitiva entraña nada más que durante el tiempo de la condena.

⁵⁰ Como se advierte queda fuera del elenco la expresión legal "por doble tiempo" relativa a la inhabilitación especial o absoluta (arts. 143, 144 bis, 223, 246, 248, 250, 251, 254, 255, 287,). Situación que se reproduce cuando en su lugar la sanción, en este caso, la inhabilitación absoluta, se asigna "por triple tiempo" (art. 281). Un riguroso examen conduce a sostener la insatisfacción del principio de determinación de la cantidad dado que no se especifica el elemento de la pena sobre el que se aplica su duplicación o triplicación. ¿Alude a los extremos (mínimo y máximo) de la pena privativa de la libertad o es válido interpretar que el legislador da por entendido que refiere a la condena concreta?. Para salvar el desacierto podría aplicarse la tesis más benigna consistente en duplicar o triplicar el mínimo y máximo abstracto fijado por el legislador. Es decir, pese a las palabras de la ley que hacen pensar en una pena indivisible (doble, triple) constituir una escala no escrita para la inhabilitación. Es cierto que es clara la voluntad de insertar una especie conjunta que despoja de derechos al titular, pero no se han completado todos los elementos que debe tener una pena; en todo caso, el trabajo ha sido hecho a medias, y tal defecto no respeta el principio de legalidad. De ser así, cuando va junto a la prisión o reclusión, se estaría frente a una pena única.

respecto de la pena privativa de la libertad (como es el caso del 167 ter)⁵¹. La particularidad radica en que el “quantum” queda pendiente de la condena judicial concreta y se extiende por el doble de la individualización realizada a otra especie.

Al tratarse de una pena conjunta el legislador en abstracto debe ponderar el peso específico que tiene cada una de las especies comprendidas. Y en el momento de la individualización judicial el Juez debe ponderar el efecto extra que produce la cantidad de encierro que impone, ya que automáticamente por ley duplica la inhabilitación⁵².

Su límite superior puede resultar desproporcionado como consecuencia de un dispositivo mecánico, y su alargamiento puede entrar en pugna con la finalidad de resocialización (VÁSQUEZ, 2019). Además, puede ser criticada al constituir una pena fija (en lugar de establecerse una escala), por la indeterminación temporal que representa su conminación legal, y por el vector indirecto a través del cual queda precisada. En última instancia, la principal razón por la que no resulta aconsejable desde una perspectiva político-criminal es que, por definición, sin ser una pena perpetua, su expandida medida carece de fundamento propio en el caso concreto, especialmente el tramo posterior a la fecha de la ejecución total de la pena privativa de la libertad.

Recapitulo. El 167 quinque segundo párrafo además expresa que “En todos los casos antes previstos también se impondrá conjuntamente una multa equivalente de DOS (2) a DIEZ (10) veces del valor del ganado sustraído”. Surge así la pregunta sobre ¿cuáles son “todos los casos antes previstos”? La respuesta correcta es que sólo están comprendidos por la agravante “multa” las dos hipótesis contempladas en el primer párrafo de dicho artículo, descartando que lo sean todos los supuestos del Capítulo 2 bis. Induce a la confusión la expresión “todos”, bastaba con decir “En los casos...”. Ello en razón de que la ley refiere a los casos “antes” previstos, y éstos son los dos supuestos del primer párrafo del 167 quinque. Como consecuencia de lo sostenido la pena agravada que les corresponde, en definitiva, será de “reclusión o prisión de cuatro a diez años e inhabilitación especial por el doble del tiempo de la condena⁵³ y multa equivalente de DOS (2) a DIEZ (10) veces del valor del ganado sustraído” (CP, arts. 167 ter primer párrafo y 167 quinque primero y segundo párrafo).

Queda equiparado por el mínimo y máximo de pena privativa de la libertad con el abuso sexual calificado previsto en el art. 119 párrafo segundo, con algunas hipótesis del 189 bis, con la acción del militar que en un conflicto armado abandonare sus funciones o no informare datos significativos para la defensa (art. 250 bis), y con el que proporcionare maliciosamente información falsa o datos inexactos en el marco de su acogimiento a los beneficios del art. 41 ter (art. 276 bis).

El art. 167 quinque adscribe la especie multa al tipo de pena. La referencia al “valor” de un bien o de operaciones o enriquecimiento que se encuentra prevista en varios arts. (259 bis, 262, 265, 268 (2), 291, en función del segundo párrafo del art. 290, 300 bis, 304, 310 y 311) tiene antiguos precedentes. Así, por ejemplo, el CP español de 1848, reformado en 1850, art. 319 primer párrafo, capítulo de la malversación de caudales públicos: multa “del 10 al 50 por 100 de la cantidad que hubiere sustraído”. La escala de la multa (2 a 10 veces), a diferencia de las escalas en general, gira alrededor de una referencia, en este caso,

⁵¹ También ha sido contemplado con relación a la multa.

⁵² A los fines de la prescripción (art. 62 inc. 2º), cuando el intérprete deba considerar, computando todas las especies, la de mayor duración, no lo podrá hacer frente a los tipos de pena que la contemplan.

⁵³ En el hipotético caso que fuere condenado a la pena de 10 años de prisión, la inhabilitación ascenderá a 20 años.

económica e histórica (el valor del ganado sustraído). No obstante, los márgenes existentes en la determinación del núcleo base de su medida, esto es del “valor”, que puede ser según el negocio el del mercado, el que fija el fisco o las partes (que muchas veces, sin cesura del juicio, requiere la realización de una pericia (en principio, oficial con control de partes))⁵⁴, pone en tela de juicio si la definición de la ley inferior satisface o no el principio constitucional de legalidad.

Como resultado de todo ello el Capítulo 2 bis del Título 6 contiene los siguientes tipos de penas: prisión -escala- (art. 167 ter), reclusión o prisión (167 quater), reclusión o prisión -escala-, inhabilitación especial por el doble del tiempo de la condena y multa -escala- (167 quater incs. 4° y 5°, 167 quinqu primero y segundo párrafo), prisión -escala- e inhabilitación especial -escala- (arts. 163 ter, 20 bis), prisión -escala- y multa -escala- (arts. 163 ter y 22 bis), prisión -escala- e inhabilitación especial -escala- y multa -escala- (arts. 167 ter, 20 bis, 22 bis), reclusión o prisión -escala- e inhabilitación especial -escala- (arts. 167 quater y 20 bis), reclusión o prisión -escala- y multa -escala- (arts. 167 quater y 22 bis), reclusión o prisión -escala- e inhabilitación especial -escala- y multa -escala- (arts. 167 quater, 20 bis, 22 bis).

El lector habrá advertido que los tipos de pena en capítulos aparentemente simples (con sólo 4 artículos), como el recién examinado, por distintos motivos concurren con una gran variedad, sin criterios uniformes que lo justifiquen. Se van construyendo escalonadamente, ya que, sin computar las asignaciones de especies que irrumpen desde la Parte General, el legislador agrega agravantes recién al final del Capítulo, con lo que la pena determinada en el momento inicial (luego de describir el tipo calificado) es parcial, y se completa recién en un momento posterior, en el que se concentran tanto unas como otras, técnica legislativa que no se aprecia como la más aconsejable y que muchas veces pone en evidencia que ni el mismo legislador ha tenido claridad conceptual respecto de los que ha configurado. Cada delito calificado debe ser acompañado inmediatamente después con toda la pena que la ley con precisión le adjudica.

Hasta aquí se ha presentado, y se continuará en adelante, el esquema legal de aumentos de pena por circunstancias que califican la del básico o calificado que orbitan. La cantidad del plus revelará al final del presente análisis la envergadura del salto sancionatorio dado, y si éste guarda alguna relación con otros supuestos. Es decir, si la pena agravada puede representar cierta proporción de la pena del básico o calificado (cotejo del que resultaría un baremo apto para medir la racionalidad de dichos saltos), en caso que dicha premisa resulte exigible. En otros términos, que sea una expectativa fundada y no una idea que asfixia respecto de árboles pertenecientes a distintos bienes jurídicos. Lo contrario implica admitir la más libre discrecionalidad del legislador para fijar tales pautas sin encontrarse obligado a respetar correspondencia alguna.

Sobre el robo

El delito de robo tiene asignado su propia pena. En un Capítulo aparte, distinto al del hurto y del abigeato, el apoderamiento ejecutado antes, durante o después, mediante el despliegue de una energía extra (elemento de consideración político criminal, representativo de una ofensa compleja) no contemplado hasta ahora en los tipos del Título 6 (dedicado a los delitos contra la propiedad), está sancionado con prisión de 1 mes a 6 años. Ahora bien, receptando el criterio expuesto por el Proyecto de 1891 y apartándose del Código de Espa-

⁵⁴ El art. 283 segunda parte del Código Procesal Penal Federal, texto ordenado por el Decreto del PEN N° 118/2019, según LN N° 27.063 y sus modificatorias, establece: “...Si hubiera veredicto de culpabilidad, se llevará adelante la segunda etapa en la que se determinará la sanción a imponer, su modalidad y lugar de cumplimiento”.

ña de 1848, del Proyecto Tejedor y del Código de 1887, con un sentido axiológico diverso al predicado por los doctrinarios preocupados por lograr una más clara distinción del hurto simple, dicha pena terminó siendo insensible al evidente valor diferenciado que tiene el ataque a las personas del que tiene el dirigido a las cosas⁵⁵. La asignación de la especie prisión tampoco forma parte de un esquema elaborado en el Título aquí estudiado, que, podría pensarse, la preserva para los básicos, ya que se la observa impuesta a todos los calificados del art. 163 y 163 bis. A pesar de todo ello debe considerarse el humanismo del legislador de 1921 que redujo notablemente las escalas. Tejedor proponía que “El que comete robo, hiriendo ó maltratando a una persona para que descubra, entregue ó no defienda la cosa que intenta robar, sufrirá de seis a diez años de presidio o penitenciaría” (Título 8º, parágrafo 1º, art.1). Y que “Sufrirán seis años de presidio ó penitenciaría los que cometan robo sin violencia ni intimidación a la persona:...” (Título 8º, parágrafo 1º, art. 4º). El Código de 1887 tenía a los tres (3) años como la pena más baja, salvo que “el valor de lo robado no exceda de quinientos pesos”, supuesto en el cual la reducía a un año de prisión (art. 191). El Proyecto de 1891 estableció de dos a seis años de penitenciaría (art. 199). El Proyecto de 1906 imponía un (1) año de prisión como mínimo y seis (6) de máximo. El Proyecto de 1917 criticó en sus fundamentos la exorbitancia de algunas penas (Proyecto 1917:115)⁵⁶. La Comisión que lo preparó debatió sobre la inserción de la alternativa, colocando "reclusión o prisión" en reemplazo de presidio” (Proyecto 1917:116), pero el texto del Proyecto mantiene exclusivamente a la prisión con idéntica escala a la de 1906 (Proyecto 1917:162). En el H. Senado de la Nación también se pensó en incorporar a la “reclusión” (Cámara de Senadores, 23 de septiembre de 1920, 43 reunión, 31 sesión ordinaria (p. 1058)). La H. Cámara de Diputados sostuvo la única de prisión, pero fue en el proceso de revisión del Senado donde el mínimo se fijó en un (1) mes, sin dar “razón del cambio, a pesar de que la nueva tesis se oponía y se opone al pensamiento legislativo más corriente” (NÚÑEZ, 1951: 180), finalmente aceptado en Diputados (Cámara de Diputados, reunión N° 51, 23 de Septiembre de 1921, p. 282). El parámetro resulta “igual al mínimo del hurto simple y muy inferior al del hurto calificado...” (NÚÑEZ, 1951: 207).

Nuevamente, sin respetar una metodología expositiva hegemónica, emergen penas agravadas de aquél a partir de la que tiene mayor envergadura, para luego zigzaguear en sentidos alternos.

Si con motivo u ocasión del robo resultare un homicidio el art. 165 impone la reclusión o prisión de 10 (2 años más que el mínimo del homicidio simple que “justifican la gravedad de la pena establecida” dado “El ánimo de ejercer violencias, el ánimo de lucro y el resultado mortal, consecuencia lógica de los riesgos afrontados por el delincuente” (NÚÑEZ, 1951: 219) a 25 años (idénticas especies, modalidad de asignación y monto que aquél). La lógica que emerge del plus asignado, detectable en múltiples casos analizados en el presente trabajo, indica que la circunstancia calificante tiene una notable mayor entidad que la acción básica.

⁵⁵ En palabras del Proyecto de 1960, una “mayor gravedad ordinaria”, (SOLER, IV: 239). El Código de 1887, en su art. 192, establecía que: “Si hubiese á la vez intimidación ó violencia en las personas y fuerza en las cosas, se aplicará el máximum de las penas establecidas”.

⁵⁶ Se cita a Rodolfo Moreno “La ley penal argentina”, Estudio crítico, segunda edición corregida y aumentada, por sus análisis de penas discordantes. Este autor, ya en dicha obra, recomienda “...sistemas de penalidad que tienden por lo general a infringir al sujeto un mal adecuado al acto producido, teniendo en cuenta una proporcionalidad, entre la cantidad del daño y la cantidad de la pena” (Moreno 14). Y agrega “Las penas, como lo expresan: Beccaría, Chaveau y Helié, Rossi, Haus, Vidal, Rivarola y muchos otros, deben ser proporcionadas al delito...” (MORENO, 123).

El art. 166, según ley 25.882 del año 2004, por su lado, agrava la pena del art. 164, al imponer reclusión o prisión de 5 a 15 años en caso de concurrir dos supuestos: 1. Si las lesiones producidas son graves o gravísimas, valorando razonablemente el mayor valor de la integridad física y que los “resultados calificantes” son menores al mortal (NÚÑEZ, 1951: 223), y 2. el uso de armas, y, en la circunstancia de ser cometido en despoblado y en banda. En el primer caso, es decir, en caso de uso de armas, si éstas son las llamadas de fuego, no se aplica ya que prevalece el segundo párrafo del art. 166 en el que se presenta una agravante de una pena agravada, al conminarse aquella escala aumentada un tercio de su mínimo (ahora asciende a 2433 días, es decir 6 años y 8 meses aproximadamente) y de su máximo (20 años). Tampoco se aplica el inc. 2 primer supuesto del primer párrafo si se trata de un arma de fuego cuya aptitud para el disparo no se pudiera tener de ningún modo por acreditada o de un arma de utilería. En este supuesto la agravación se fija mediante un criterio distinto (directamente se establece una escala: de 3 a 10 años de reclusión o prisión), la que se encuentra por debajo del robo con armas previsto en el inc. 2 del primer párrafo del art. 166 y por debajo de la pena prevista en el segundo párrafo antes vistos, pero, siendo que se trata de un arma de fuego que objetivamente no funciona como tal o bien de un objeto que sólo aparenta serlo (supuestos en los cuales la vida humana no corre riesgos), su *quantum* está notablemente por encima de la pena del robo simple. El 166, por lo tanto, sin contar con la sorpresa que nos depara el art. 167 bis introducido por LN N° 25.816 del año 2003, contiene 3 peldaños de gravedad: el 1° se encuentra en el segundo párrafo (si el arma utilizada fuere de fuego) y representa 2400 días más que el mínimo del robo y 14 años más que su máximo (5110 días). Esta pena, a su vez, se encuentra por debajo de la establecida para el caso que del robo resultare un homicidio (art. 165). El 2° se encuentra en el 1° párrafo: 1795 días (4 años y 11 meses) más en el mínimo y 13 años (4745 días) más en el máximo. Al respecto se debe decir que el legislador de 1921 bajó dicha pena, si se la compara con la que el legislador de 1886 había impuesto (la equiparó con el “hecho gravísimo del robo con homicidio” (NÚÑEZ, 1951: 233)). Pero al rebajar la gravedad de la pena puso “la pena mínima del delito sólo un año por debajo de la máxima del robo simple”, así como también añadió la especie reclusión (NÚÑEZ, 1951: 233). De este modo el citado autor con su razonamiento se introduce en la dificultosa cuestión del equilibrio que debería haber entre el máximo de un delito con el mínimo de otro, y pareciera indicar que (sin decir cuál) aquella medida debería ser menor a 5.

Me permito aquí una pequeña digresión. La pregunta es ¿qué relación puede haber entre éstos? Núñez pareciera decir que el 5 es alto al ser sólo “un año menor” al máximo del básico. En primer lugar, esta afirmación sólo puede ser válida respecto de agravantes de entidad intermedia. Nunca se podría afirmar, por ejemplo, en relación al mínimo del art. 165. En segundo lugar, dicha afirmación sugiere que el mínimo de este grupo de agravantes puede y debe ser menor que el máximo del 164. Es decir que un robo calificado puede tener menor pena que un robo simple, dado que en este último supuesto amerita una sanción superior en función del valor de los bienes sustraídos o la fuerza desplegada sobre las cosas aunque carezca de resultados o peligros importantes en perjuicio de la integridad física o en relación a la protección que un ciudadano debe tener. En tercer lugar, es evidente que el intérprete se encuentra con estas zonas limítrofes debido a la particular configuración que el legislador le ha dado a básicos y calificados. No ocurriría lo mismo si una circunstancia que justifica mayor pena tiene una gravedad tal que nunca su ocurrencia merecería menor castigo que un hecho básico. Tampoco el problema surgiría si el máximo del básico no fuera tan alto. Nótese que el robo triplica el máximo del hurto, aquí es donde aparece una primera distorsión, a partir de la cual ya no hay castillo de naipes que se pueda estabilizar. En otros casos, el problema nace de un mínimo inadecuado así como de brincos

carentes de correspondencia con las circunstancias que lo fundamentan. Puede resultar inaccesible la equiparación de respuestas penales a las ofensas a distintos bienes jurídicos, pero dentro del mismo árbol de agravantes la racionalidad debe primar.

Nótese que el legislador penal fabrica desigualdades. Así por ejemplo cuando determina la pena del robo calificado por la causación de lesiones graves o gravísimas la entidad de la sanción resultante tendría que consultar la pena del robo simple y la de las lesiones comprendidas. ¿Ocurre ello? La respuesta es no. Si un robo simple vale de 1 mes a 6 años y las graves de 1 año a 6, la pena del robo calificado por ellas no puede ser 5 a 15 años. ¿Cuál es el fundamento de un mínimo con 4 años más? ¿Cuál es el fundamento de un máximo con 3 años más? La respuesta es: no los tiene. El legislador ni siquiera ha estimado las reglas del concurso. En relación a las gravísimas, consideradas como circunstancia que justificaría el mínimo de 5 años, en el primer inc. del art. 166, se debe reparar que por lo menos 2 años de reclusión o prisión quedan también sin sustento alguno.

No siempre la correlación da resultados tan claros, ni es tan fácil realizar. En el segundo supuesto del inc. 2 del art. 166, no es descabellado pensar que los 5 años de mínimo se constituyen con los 3 años de mínimo que tiene asignada la asociación ilícita (art. 210) y que la diferencia (casi 2 años) se registra en la cuenta del despoblado.

La economía de la pena asignada al uso de armas en el art. 166 se encuentra distorsionada, producto de la perspectiva comunicativa del legislador de fijar meticulosas pautas legales a la mensura judicial. Según la ley un arma blanca vale no menos de 5 años, un arma que no funciona o de utilería (que no es un arma) vale no menos de 3, y un arma de fuego vale no menos de 6 años y 8 meses de cárcel. Un objeto que no es arma no puede valer 3 años, dado que la vida ni la integridad física frente a su uso no corre riesgo alguno. El arma de fuego que no funciona objetivamente tiene el mismo estatus. Se trata de cuestiones que pueden quedar pendientes de la individualización dentro de una escala acorde. El uso de arma blanca o arma de fuego sí tienen relación con un peligro real para la vida y la integridad física en un hecho contra la propiedad, marco en el cual la superioridad ofensiva de la segunda tiene sólo comprendido el piso en el tercio más de pena que el legislador asignó. El presente estudio tiene que servir de base para correcciones y nuevas propuestas. No obstante, el derecho comparado actual, aunque aplicables en sistemas sociales diversos al de la República Argentina, también puede ayudar a tomar una mejor decisión. Así el parágrafo 244 del StGB alemán prescribe: “1. Será castigado con pena de privación de libertad de seis meses a diez años quien: 1.cometa un robo en el que él u otro partícipe porte consigo un arma de fuego, 2.cometa un robo en el que él u otro partícipe porte consigo un arma o una herramienta o medio para impedir o vencer la resistencia de otro por medio de violencia o de amenaza de violencia...”. El CP del Reino de España en su art. 242 expresa: “1. El culpable de robo con violencia o intimidación en las personas será castigado con la pena de prisión de dos a cinco años, sin perjuicio de la que pudiera corresponder a los actos de violencia física que realizase. 2. Cuando el robo se cometa en casa habitada, edificio o local abiertos al público o en cualquiera de sus dependencias, se impondrá la pena de prisión de tres años y seis meses a cinco años.3. Las penas señaladas en los apartados anteriores se impondrán en su mitad superior cuando el delincuente hiciere uso de armas u otros medios igualmente peligrosos, sea al cometer el delito o para proteger la huida, y cuando atacare a los que acudiesen en auxilio de la víctima o a los que le persiguieren...”. Ninguna de las iniciativas domésticas han seguido dichos caminos. El Proyecto de CP del año 2014, con algunos aciertos, por vía del art. 141 eleva el actual mínimo del robo simple a 6 meses, manteniendo el máximo. Luego postula prisión de 3 a 12 años si el robo se cometiere con

arma real o simulada. El mínimo de la pena será de 5 años de prisión, cuando en el supuesto recién mencionado, por la violencia la víctima hubiere corrido peligro de muerte. Si las violencias ejercidas para cometer el robo causaren la muerte el máximo de la escala penal será de 18 años; si causaren las lesiones graves o gravísimas el máximo será de 15 años. El Proyecto de CP del año 2018 (llamado “Borinsky”) mantiene el esquema del CP actual.

Retomo el análisis de párrafos anteriores con relación a la escala de gravedad. En el 3° escalón de la misma, se ubican las hipótesis previstas en el 3° párrafo del art. 166. Idéntica posición tienen los supuestos del art. 167 que se verán a continuación. En otros términos, de menor a mayor, los parámetros de agravación del mínimo (partiendo del art. 164 (un mes)) en el primer desnivel asciende a 3 años, de allí salta a 5, luego sube a 6 años y 8 meses, y tiene en el art. 165 la máxima expresión: 10 años. El máximo tiene su propia -e irregular- dinámica: partiendo de 6 años, asciende a 10, luego salta a 15, de allí sube a 20, llegando al techo de 25 años.

La pena del robo también se agrava si concurren las circunstancias mencionadas en el art. 167 del CP, que impone la escala de 3 a 10 años de reclusión o prisión. Los 3 años en el caso del inc. 4° que capta la concurrencia del robo con “alguna de las circunstancias enumeradas en el art. 163”⁵⁷ se constituyen mediante el agregado de dos años al mínimo. Y los 10 años, en cambio, resultan ser dos años menos “que la suma de los máximos de las escalas individuales” (NÚÑEZ, 1951: 256). Bajo el paraguas de un extenso rango, a partir de un elevado piso, se equipara, de este modo, la acción de una banda que actúa en centros urbanos (inc. 2), con la acción individual de robar en despoblado (inc. 1)⁵⁸ o con escalamiento, para mencionar un supuesto del art. 163 (inc. 4) recién visto, o, en otro artículo, con el uso de un objeto que aparenta ser un arma de fuego (166 último párrafo). Tales comportamientos dañinos tienen tanta pena como las lesiones gravísimas (art. 91).

⁵⁷ Respecto de este inc. 4°, Núñez sutilmente sugiere que lo razonable hubiera sido la acumulación de los máximos (lo que da 12 años) y no 10 como quedó, como un criterio que se debería tener en cuenta y que el legislador del 21 tiempo antes dejó a un costado.

⁵⁸ El Código de 1921 incluía en el art. 167 inc. 1° como calificante del robo a su comisión “en despoblado y con armas”. La LN N° 20.642 suprimió del inciso la expresión “y con armas”, pero mantuvo la misma pena. Si no se trata de una omisión (un claro error) implica una relectura del legislador del año 1974 sobre el mayor peligro que se corre en el campo y/o caminos: la calificante ahora tiene la misma pena aunque el hecho se ejecute sin armas, siendo que este elemento era central en la fórmula original. El uso de armas (que en la actualidad sólo incluye a las blancas) fue ubicado en el art. 166 con una pena notablemente superior (de 5 a 15 años), igual que una nueva dupla: “en despoblado y en banda” (inc. 2° segundo supuesto). El diseño de la reforma, que aún perdura, jerarquiza dicha circunstancia mixta frente la que queda con una pena mucho más baja (en lugares poblados y en banda) (inc. 2° del 167). Es decir, al autor le conviene desplegar su acción en centros urbanos, en el marco de una axiología que la política criminal debería evitar. El despoblado sólo vale 3 a 10. El despoblado y en banda vale 5 a 15, con lo que pareciera que la banda suma 2 años. Y el poblado y en banda 3 a 10, marco en el cual la banda acá vale lo que como mínimo vale la asociación ilícita (3 años) y el poblado casi nada, o bien la pena de la banda nuevamente acá se rebaja. NÚÑEZ (1951: 240), analizando el texto original, ha dicho que “El legislador ha considerado que la sola circunstancia de la banda equivale en gravedad a la concurrencia del despoblado y de las armas..”. El razonamiento por el cambio normativo que se ha producido ya no tiene vigencia, pero focaliza en los balances implícitos que se generan entre relaciones y situaciones comprendidas por calificantes a las que se asigna idéntica (o diversa) pena. Sin decirlo expone la compleja tarea de equiparar entidades cualitativamente tan distintas (uso de armas, intervención de una banda, ejecutado en despoblado). El cálculo criminológico no siempre fue el mismo ni tuvo proyectada idéntica respuesta. En realidad proviene de los autores del Proyecto de 1891 (art. 201), para quienes, con la misma pena que en la actualidad, la ecuación era entre “despoblado y con armas” (inc. 1°) y “lugares poblados y en banda”. El art. 188 del CP de 1887 también lo contenía, pero amenazado con 6 a 10 años de presidio. A Tejedor, en su Proyecto de 1866, Robo con violencia en las personas, art. 2° incs. 2° y 3°, la equivalencia que le resultaba potable era, en cambio, entre “empleando armas, ó en despoblado ó camino público” y la asociación de “tres ó más personas”, pero, con pena de 6 años de presidio.

El 167 bis, incorporado por LN N° 25.816 del año 2003, reproduce la fórmula del 163 bis, y trae a colación todas las consideraciones ya vertidas anteriormente. Lo hace respecto de todos los casos enunciados en el capítulo dedicado al robo; eso sí, debe aclararse, el aumento del tercio de los mínimos y máximos con motivo de idénticas circunstancias tienen un punto de partida diferenciado, que potencian sus discordancias. Surgen así nuevas escalas, que modifican las identificadas en los párrafos anteriores, no escritas por el legislador y que el juzgador -calculadora en mano- debe precisar.

El robo simple, en función del art. 167 bis, queda con un mínimo de 40 días y un máximo de 8 años. El 165 con 4866 (13 años y 4 meses) y 12166 días (33 años y 4 meses) respectivamente. El 166 pasa a contener varias. El primer párrafo un mínimo de 2433 (6 años y 243 días (es decir, 7 meses (de 31 días) y 26 días)) y un máximo de 7300 días (20 años). El segundo párrafo del art. 166, en función del 167 bis, tiene la particularidad de que la escala queda configurada a partir del aumento de dos (2) veces un tercio, debiéndose aclarar que el segundo se aplica una vez aplicado el primero: queda 3244 días (8 años y 324 días (es decir, 10 meses (de 31 días) y 14 días) a 9733 días (26 años y 243 días (es decir, 7 meses (de 31 días) y 26 días)). Es decir, el robo de un objeto, sea cual sea su valor, con arma de fuego operativa cometido por un funcionario policial, penitenciario, o miembro de una fuerza de seguridad nacional, tiene asignada una pena (agravada) de mayor entidad que la del homicidio simple. La cuestión, solapada por la técnica legislativa que aquí se examina, debe someterse en cuanto a su constitucionalidad a la doctrina del precedente “Martínez” (CSJN 312:826). Por fin, el último párrafo del art. 166 y todos los supuestos del 167 reconocen, dadas las circunstancias previstas en el art. 167 bis, un mínimo de 1460 días (4 años) y un máximo de 4866 días (13 años y 121 días (es decir, casi 4 meses).

El Cap. 2: Robo no cuenta con una previsión equivalente al 167 quinque ubicado, como se sabe, en el Cap. 2 bis: Abigeato. Por lo tanto, se debe señalar que el aumento de pena previsto en el art. 167 bis (aplicable sólo al primero) a pesar de la calidad de policías, miembros de fuerzas de seguridad y penitenciarios que lo motiva, no contempla la adición como pena principal (como si ocurre en el segundo) de inhabilitación ni multa alguna.

Nuevos tipos de penas agravadas quedan conformados, eso sí, en virtud de los arts. 20 bis y 22 bis.

Sobre la extorsión

La extorsión, frecuente estilo de apoderamiento ilegal del patrimonio ajeno, tiene desde antiguo un Capítulo dedicado a diversas modalidades. Los básicos arrancan con penas elevadas. Así la extorsión simple y la relacionada a la suscripción o destrucción de documentos previstas en el art. 168 primero y segundo párrafo desde el vamos imponen “reclusión o prisión” de 5 a 10 años⁵⁹, es decir, un mínimo que las equipara con hipótesis del robo calificado (con violencias que causan lesiones graves o gravísimas, con uso de armas, en despojado y en banda). El chantaje (CP, art. 169), por su lado, prevé una pena menor: “pri-

⁵⁹ La pena en el Código del 21 para la extorsión simple era de prisión de 1 a 4 años, la cual, confrontada con la del hurto, era considerada razonable por un sector de la doctrina ya que tomaba debidamente en cuenta “la agresión a la libertad moral de la víctima” (NÚÑEZ, 1951: 281). Comparada con el robo, en cambio, era considerado “una anomalía” ya que siendo menos grave tenía “una pena mínima mayor” (NÚÑEZ, Tratado V: 255, con cita de RAMOS IV N° 50). La llamada ley 17.567 la duplicó. La LN 20.642 también expandió su magnitud (quintuplicando el mínimo y sumando al máximo 6 años) con pautas que siguen vigentes hasta el día de hoy.

sión o reclusión” de 3 a 8 años⁶⁰. El básico del secuestro extorsivo tiene idéntico mínimo que la extorsión simple, ya que en su correspondiente escala de “reclusión o prisión” asciende a 5 años, y su máximo llega a 15⁶¹.

El secuestro extorsivo tiene, en primera instancia, una calificante, ligada al cobro del rescate (art. 170 segundo enunciado), en cuyo caso la acción queda sometida a una escala que sólo aumenta el mínimo a 8 años, es decir, por esta vía queda equiparado al del homicidio (art. 79).

A renglón seguido el legislador establece cuatro calificantes relativas a calidades especiales de las víctimas, y dos más teniendo en cuenta circunstancias del autor (“que el agente sea funcionario público o empleado público o sea o haya sido miembro de una fuerza de seguridad o de un organismo de inteligencia del Estado”)⁶² y al modo de ejecución. A todas ellas, por igual, conmina con la pena de 10 a 25 años de prisión o reclusión, es decir, con una magnitud mayor que al citado homicidio. Todas ellas son compatibles con el básico o el calificado descrito en el primer párrafo del art. 170. En el caso del secuestro extorsivo en el que no se ha pagado rescate se entiende que las hipótesis calificantes duplican el mínimo y al máximo le suman 10 años. En el supuesto que el autor ha logrado su propósito (de mayor gravedad) resulta que la pena sólo agrega 2 años al mínimo (de 8 pasa a 10) y el máximo se mantiene igual. Es decir, el aumento de pena no contempla el pago del rescate, que sin dudas califica a la extorsión simple. En otros términos, la pena agravada por las circunstancias especiales enumeradas en el segundo párrafo no contempla la diferencia por haber el autor perfeccionado el delito. El intérprete que tiene como misión individualizar la pena, en este caso, debe acudir, para restaurar el desequilibrio, a las pautas de mensuración especificadas en los arts. 40 y 41 del CP, dentro de la escala legal. Ahora bien, no tiene, como en otros casos, la libertad de fijar un número razonable. Dicha medida no puede ser inferior a 3 (tres), dado que es la misma ley la que ha dispuesto que el cobro del rescate tiene dicha incidencia sobre el mínimo (cuando la ha considerado en el segundo enunciado del primer párrafo del art. 170). De ser así el concurso de calificantes deriva a la escala legal, pero el juez dentro de ella debe partir de 13 años (10 por ser el mínimo legal expreso, más 3 (tres) por ser lo que vale en términos punitivos haber logrado afectar el principal bien jurídico protegido). Se trata de una referencia excepcional, ya que la pauta de mensuración tiene como piso una cuantificación efectuada por la propia ley.

Si la concurrencia se da entre el pago del rescate y el resultado muerte de la persona ofendida, como consecuencia no querida por el autor, se presenta similar situación. La pena agravada se encuentra legalmente determinada en 15 a 25 años de prisión o reclusión, pero al tiempo de ser individualizada el juzgador deberá computar 3 años por la primera circunstancia, por lo que en relación a las restantes debe partir desde 18 hasta el tope máximo. Así las cosas, una acción extorsiva con resultado no doloso de muerte del ofendido tiene en la base de la escala más del doble de pena privativa de la libertad que el mínimo del homicidio intencional.

No ocurre lo mismo si la confluencia se da con la muerte del secuestrado causada intencionalmente, ya que en este supuesto la extorsión calificada del cuarto párrafo del art.

⁶⁰ Un sector de la doctrina, estudiando las penas del Código del 21, la criticó por baja, al ser “Aunque idéntica en el máximo, la sanción es seis meses menor en el mínimo” que la de la extorsión simple, ya que “el legislador ha valorado en menos que el realizado contra otros intereses, el ataque extorsivo contra el honor y los secretos de las personas” (NÚÑEZ, 1951:298). De ser así la desproporción al día de hoy es mayor, ya que está dos años abajo.

⁶¹ La pena actual del art. 170 primer párrafo primer enunciado no es la original del Código del 21, cuya medida de 3 a 10 años fue aumentada en 1974 por la LN 20.642.

⁶² Se trata de una nueva variante relativa a una circunstancia ya examinada con anterioridad en la que el legislador sin preservar coherencia en la regulación de una calificante incluye nuevos autores y excluye otros.

170 tiene la misma pena que el homicidio previsto en el art. 80 (prisión o reclusión perpetua), y en consecuencia, no existe posibilidad alguna de aumentarla por más que el autor haya cobrado el rescate.

El Capítulo 3 se presta para señalar la ausencia de un criterio claro por parte del legislador al estructurar la pena privativa de la libertad. La doctrina, le reconoce a la reclusión mayor gravedad, y de allí que para los calificados resultaría razonable su asignación con el siguiente orden “reclusión o prisión”. En cambio, respecto de los básicos, la secuencia sería inversa. No obstante, el lector podrá observar a lo largo del Código, y particularmente en este Capítulo (con pocos artículos y en consecuencia difícil de caer en una confusión), cómo el legislador, por ejemplo, en el mismo art. 170, ordena las especies de las dos formas, y a las hipótesis más graves les asigna primero la prisión y recién luego la reclusión. La afirmación, por cierto, carece de todo valor para quienes piensan que, aunque siga escrita en la ley como especie de pena, la reclusión, en virtud de lo estatuido por la LN 26.200 (art. 7), no sería nada más que un espejismo.

El último párrafo del art. 170 concede una reducción de pena “de un tercio a la mitad” (de 1/3 a 1/5), entendiéndose del mínimo y máximo respectivamente, al partícipe que, desvinculándose de los otros intervinientes en el secuestro extorsivo, se esfuerza de modo que la víctima recupere la libertad, sin que tal resultado fuese la consecuencia del pago del rescate pedido, en cualquiera de las modalidades comisivas previstas, menos, en principio, la del cuarto párrafo (si se causare intencionalmente la muerte) por resultar incompatible y porque alude evidentemente a una escala, y menos la hipótesis del tercer párrafo (resultare la muerte como consecuencia no querida) sólo por la primera razón⁶³. Por lo tanto, las nuevas escalas (invisibles a simple vista y cuya determinación impacta no sólo en el mínimo y en el máximo, sino que también achica el rango), se constituyen con relación a la pena del básico (que será de 1217 (3 años y 122 días (4 meses aproximadamente) a 2738 días (7 años y 183 días (5 meses (de 31 días) y 28 días)), del calificado previsto en el segundo enunciado del primer párrafo del art. 170 (1947 días (5 años y 122 días (es decir, 3 meses (de 31 días) y 29 días) a 2738 días (7 años y 183 días (es decir, 5 meses (de 31 días) y 28 días))), y del calificado previsto en el segundo párrafo (de 2434 (6 años y 244 días (es decir, 7 meses (de 31 días) y 27 días) a 4562 días (12 años y 182 días (es decir, 5 meses (de 31 días) y 27 días)). La racionalidad y coherencia de los descuentos otorgados por el legislador exigen un minucioso análisis.

Sobre el daño

El daño básico tiene asignada una pena menor: prisión de 15 días a 1 año (art. 183). Está calificado por diversas circunstancias, en virtud de las cuales la pena se agrava (art. 184) mediante la adición de cinco veces más el mismo valor (el mínimo llega a tres meses) y de tres años al máximo (con el 300 % más llega a 4 años de prisión).

⁶³ La pena agravada del cuarto párrafo del art. 170 es indivisible: “prisión o reclusión perpetua”. Si en un excepcional ejemplo (el partícipe logra que el secuestrado recupere la libertad, pero la acción de otro ejecutor lo mata inmediatamente después) se admitiera la reducción (a pesar de que la víctima no recupera la libertad, por haber perdido la vida) en este caso no habría mínimo ni máximo del que se pudiera descontar. Si se pensara que en sendos extremos resulta ser la cantidad de 50 años (18250 días) y que es sobre dicha cifra que debe aplicarse, se concretaría el absurdo de que, como la reducción del máximo es superior a la del mínimo, quedaría conformada una escala donde el mínimo tendría un monto superior al del máximo. Este obstáculo no se presenta en relación al tercer párrafo.

III.3 Las penas abstractas asignadas a los delitos calificados contra los bienes sociales

Sobre la seguridad pública

El Título 7, de los Delitos contra la Seguridad Pública, da comienzo a la ardua tarea de analizar las agravantes previstas respecto de los delitos que afectan los bienes sociales, área que se destaca, no sólo por su complejidad⁶⁴, sino también porque es la parte que menos conocen sus intérpretes.

El art 186⁶⁵, dentro del Capítulo 1: Incendio y otros estragos, contiene básicos y calificados. A los primeros los sanciona, respectivamente, con pena de reclusión o prisión de 3 a 10 años de prisión (supuesto comprendido en el punto 1: si como consecuencia del incendio, explosión o inundación hubiere peligro común para los bienes en general)⁶⁶ y, curiosamente, con exactamente idénticas especies y medidas, a los supuestos comprendidos en el punto 2, donde en 6 hipótesis se incluyen específicos bienes que pueden ser afectados por un incendio o cualquier otro medio de destrucción. Repito, dos incisos con igual sanción establecida expresamente en cada uno de ellos.

Todo indica que los incisos 3, 4 y 5 contienen tipos calificados de aquéllos.

El inc. 3 mantiene el mínimo en 3 años, pero calificando el inc. 1 eleva el máximo en un 50%, quedando en 15 años de reclusión o prisión⁶⁷, dado el mayor valor de los bienes afectados por el incendio, explosión o inundación.

El inc. 4 califica tanto el inc. 1 como el 2, e impone, por segunda vez en el mismo marco, idéntica pena que la del inc. 3, si hubiere peligro de muerte para alguna persona⁶⁸.

El inc. 5 (si el hecho fuere causa inmediata de muerte de alguna persona), también califica a los incs. 1 y 2, asignando una pena de 8 a 20 años⁶⁹. Es decir, le suma 5 años (más del 150 %) al mínimo y 10 años al máximo (un 100% adicional), quedando equiparado en cuanto al mínimo con el homicidio simple (art. 79)⁷⁰.

El art. 189, en cuyo primer párrafo se define el tipo culposo del incendio u otro estrago, lo sanciona con prisión de 1 mes a 1 año; en el segundo, que lo califica cuando se pusiere en peligro de muerte a alguna persona o se la causare, la ley penal, que reconoce su origen en el Código del 21, lo mantiene sin corregir un inadecuado estilo gramatical, al estipular que en tales casos el máximo de la pena “podrá” elevarse hasta cinco años. Se trata de un tope abstracto facultativo; margen que afecta su cabal determinación por parte

⁶⁴ Parte de la complejidad en el análisis de los delitos contra bienes sociales pasa por la confluencia de intereses y lecturas político-criminales de los gobiernos democráticos de turno o de dictaduras padecidas por los habitantes del país en la configuración precisamente de aquéllos. Así, es del caso, la trama constitutiva de los delitos contenidos en los títulos aquí estudiados. Soler IV:567 recuerda al decreto 536 de 1945 “...en el cual cobra forma un nuevo espíritu y un nuevo estilo jurídico-penal.”, al decreto 788 de 1963, y a las leyes 13.569, 13.985 y 15.293, en los que “En el aspecto formal y externo, la novedad consiste en varios casos en sancionar como leyes penales simples decretos del P. E.” y “...la técnica legislativa ha consistido invariablemente en la preparación secreta de las disposiciones, siempre sin discusión ni examen y hasta sin conocimiento de nadie..”.

⁶⁵ El art. 186 actualmente vigente, procede del Código de 1921, que, no puede negarse, tuvo antes de su sanción un ejemplar proceso público de revisión.

⁶⁶ La escala ya se encontraba prevista en el art. 226 del Proyecto de 1891.

⁶⁷ La escala ya se encontraba prevista en el art. 226 del Proyecto de 1891.

⁶⁸ La escala repetida ya se encontraba prevista en el art. 226 del Proyecto de 1891. De allí que puede inducirse que la repetición de la escala en los incisos correspondientes a tipos básicos y calificados se debe a la preferencia del legislador del 21 por ampliar la defectuosa técnica antes que generar una nueva estructura normativa. Se trata de una (entre varias) modalidad de atadura que siempre coacciona a los reformistas.

⁶⁹ En el Proyecto de 1891 la escala era de 10 a 20 años de presidio (art. 226).

⁷⁰ TERRAGNI (2017: 143) señala que es una medida desproporcionada e inconstitucional, ya que la “diferencia en exceso” con la pena asignada en el inciso anterior (de 3 a 15 años de reclusión o prisión) es “otra expresión del *versari in re illicita*”.

de quien tiene con exclusividad la facultad/deber constitucional de precisarlo. Es un supuesto de máximo de la pena privativa de la libertad agravada indefinido formalmente, cuya medida queda pendiente de la voluntad judicial, que, incluso, tratándose de un calificado, “podrá” entender que no corresponde aumento de pena alguno; ello resulta inadmisibles. El máximo debe estar fijado, no puede ser objeto de movimiento descendente o ascendente alguno, por más que se le establezca un borde al vaivén. El legislador está impedido de delegar su fijación en otro poder y éste no tiene por qué hacerse cargo de tal función. La situación, que no puede equipararse al permiso que la ley penal le da al juez para fijar un punto dentro de una escala alternativa totalmente determinada (como ocurre en el último párrafo del art. 80) o dentro de uno de los extremos de una pena alternativa definida con precisión (como es el caso del art. 214), se presenta en otros supuestos a lo largo del Código (arts. 85 inc. 1 y 267).

En el mismo capítulo y en un extenso artículo (con 17 párrafos, descompuestos en 5 puntos, referidos a ofensas básicas, privilegiadas y calificadas), el primer párrafo del punto 2. del art. 189 bis⁷¹ contempla la tenencia simple de armas de fuego de uso civil, que conecta con el tipo de pena “prisión de 6 meses a 2 años y multa de 1000 a 10000 pesos”⁷². Se califica si las armas fueran de guerra, caso en el cual la pena, sin multa principal, se aumenta de 2 a 6 años de prisión⁷³ (art. 189 bis, 2º pár. del punto 2.).

La simple portación de armas de uso civil tiene asignada “prisión de 1 año a 4 años”⁷⁴ (art. 189 bis, 3º pár. del punto 2.). Se califica (art. 189 bis, 4º pár. del punto 2.) si se trata de un arma de guerra, y en consecuencia se establece una singular escala agravada, que tiene la particularidad de encontrarse fijada en años y meses: reclusión o prisión de 3 años y 6 meses a 8 años y 6 meses⁷⁵. El salto, en cuanto al mínimo, tiene por fin tornar no excarcelable⁷⁶ la conducta típica, procurando no asignar 4 años, número observado en otros casos donde sin la sensibilidad aquí apreciada el legislador procura someter a fiscales y

⁷¹ Cuyo origen se remonta a la ley 20.642 de 1974, con las modificaciones provistas por la LN N° 25.086 de 1999 y la LN N° 25.886 del año 2004. En el debate parlamentario del 14 de abril del 2004 sobre esta última el Senador Agúndez, según la versión taquigráfica, expresó: “...en la medida que aprobemos leyes en plena crisis, se puede desequilibrar aquello que se llama el equilibrio de las penas de acuerdo con el riesgo jurídico tutelado. Pero es real también que hemos tenido que actuar forzados en este tema porque nunca hubo tanta inseguridad en la Argentina como en estos tiempos”. También dijo que hace dos años se creó una comisión de reforma integral del Código Penal tanto en Diputados como en el Senado, que todavía no se ha conformado, a efectos de tener una compaginación total de penas y de los diferentes delitos y sus características, “para que no caigamos, como a veces se puede decir, en la desproporcionalidad de que delitos más graves tengan menos penas que otros. Pero como estamos trabajando en una emergencia, me imagino que se puede comprender la situación”.

⁷² El Poder Ejecutivo Nacional, en su mensaje 1175/03, propuso exclusivamente la pena de multa (en igual cantidad), dado el carácter “menor” de la infracción de no contar su autor con la correspondiente autorización. Fue el H. Senado el que introdujo la conjunta de prisión.

⁷³ El PEN, en su mensaje 1175/03, propuso una pena con un mínimo mayor: 3 años.

⁷⁴ El PEN, en su mensaje 1175/03, propuso una pena con una escala más reducida: prisión de 6 meses a 3 años.

⁷⁵ El PEN, en su mensaje 1175/03, propuso una pena con una escala levemente inferior exclusivamente fijada en años: de 3 a 8 años. Fue la H. Cámara de Diputados la que introdujo el plus de 6 meses tanto al mínimo como al máximo, en palabras del Senador Agúndez, “a los efectos de que en la jurisdicción provincial respectiva no exista la posibilidad de una excarcelación”. ABOSO (1054) agrega que se está frente a la “clara intención” “de cerrar toda posibilidad a la aplicación de la condicionalidad de la condena (art. 26 CP)”.

⁷⁶ Cuestión de competencia provincial, según el Senador Agúndez, en la exposición ya referida, en la que se inmiscuye el legislador nacional aumentado así los mínimos de la pena privativa de la libertad.

jueces a la aplicación de penas efectivas. En cuanto al máximo, estableció una medida superior al mínimo del homicidio.

Los dos últimos párrafos del inc. 2 del art. 189 bis traen aparejados varios cuestionamientos.

En uno (el pár. 7º) expresa: “En los dos casos precedentes se impondrá, además, inhabilitación especial por el doble tiempo de la condena”⁷⁷. Los dos párrafos que le anteceden con inmediatez contemplan tipos privilegiados con penas atenuadas. Ello no resulta óbice para que la pena se agrave en supuestos en los que el portador cuente con autorización para tener el arma de fuego de uso civil o de guerra (párrafo 5º en función del 7º)⁷⁸. Lo que no resulta razonable es que la inhabilitación especial también se asigne en forma conjunta a la pena privativa de la libertad reducida si “por las circunstancias del hecho y las condiciones personales del autor, resultare evidente la falta de intención de utilizar las armas portadas con fines ilícitos” (párrafo 6º en función del 7º). Interpretar que la remisión abarca a los párrafos 3º y 4º (en lugar de los anteriormente citados), tiene un obstáculo objetivo: no son los “dos casos precedentes”⁷⁹. Así entendida la fórmula tampoco se compadece con la circunstancia típica de ambos que refiere a autores que carecen de la debida autorización legal, y en consecuencia no tiene sentido pensar que al legislador le interese tanto inhabilitarlos mediante una pena principal. Descartado entonces que el anteúltimo párrafo del inc. 2 refiere a los párrafos 3º y 4º, se debe asumir que encierra una antinomia: la agravante principal⁸⁰ es asignada a los casos menos graves (los párrafos 5º y 6º), y a los sujetos comprendidos por los dos párrafos anteriores (el 3º y 4º) sólo los podrá alcanzar la inhabilitación especial complementaria del art. 20 bis.

El último párrafo del inc. 2 del art. 189 bis a renglón seguido inserta un nuevo tipo calificado del básico y del calificado de portación, es decir de los párrafos 3º y 4º. Dice así: “El que registrare antecedentes penales por delito doloso contra las personas o con el uso de armas, o se encontrare gozando de una excarcelación o exención de prisión anterior y portare un arma de fuego de cualquier calibre será reprimido con prisión de cuatro a diez años”⁸¹. El tipo calificado equipara las diferencias entre las armas de fuego establecidas en-

⁷⁷ La oscuridad del texto definitivo surgió en la H. Cámara de Diputados, recinto en el que se sostuvieron las modificaciones introducidas en la maratónica sesión del 7 de abril del 2004. El párrafo 7º del inc. 2 del art. 189 bis repercutió negativamente respecto de la suspensión del juicio a prueba (art. 76 ante último párrafo). Y representa “un cuerpo extraño” en la regulación. Lo advierte ABOSO (1047 y 1056).

⁷⁸ En contra ABOSO (1056 y 1057), quien sostiene que en esta hipótesis como en la del párrafo siguiente (el 6º) resulta una “evidente” “inconsistencia sistemática” y “absurda” su aplicación en tanto impide la probation.

⁷⁹ Expresión “poco frecuente” (ABOSO, 1057).

⁸⁰ ABOSO (1056) utiliza una expresión inadecuada al llamarla “accesoria”.

⁸¹ El texto surgió en la revisión que hizo la H. Cámara de Diputados. Las modificaciones pasaron luego a ser tratadas por el H. Senado. En la misma sesión de la Cámara Alta referida en la nota anterior, la Senadora Ibarra, por distintas razones, calificó tales medidas, como una “enormidad tal que rompe no solo las escalas penales sino la concepción propia que tenemos de cómo se desalientan las conductas”. El Senador Terragno al respecto dijo: “no hay duda que la desproporción está allí, porque es cuatro a diez años, mientras que el que provocare un incendio o estrago tiene tres a diez; el que hiciere descarrilar un tren, tres a diez; el que envenenare aguas potables, elementos o remedios destinados al consumo público, tres a diez; el que sustrajere caudales públicos, dos a diez; el que incurriese en maniobras de lavado de dinero, dos a diez; el que evadiere impuestos por más de un millón de pesos, de tres y medio a nueve; el que fundare una organización terrorista, tres a ocho; el que robare, uno a seis; el que incurriere en quiebra fraudulenta, dos a seis; el que violare o difundiere secretos militares que pudieren poner en peligro la seguridad pública, uno a seis...” Para el Senador López Arias la escala podría implicar “matar un pajarito con un cañón” y que “realmente, es un exceso”. Yoma, por su lado, recordó que el Senado de 1999 por error había reducido la pena de la portación de armas de guerra, por lo que, una vez advertido, le tuvo que pedir al Poder Ejecutivo vetara la propia ley que había sancionado, y agregó que la escala cuestionada por el mínimo de 4 años generaba un “cachivache

tre los párrafos anteriores del inc. 2. Asimismo, la agravación, tachada de desproporcionada por la doctrina (ABOSO, 1058) tiene la particularidad de que impone la especie prisión siendo que en el párrafo 4° se contempla como tal la prisión y la reclusión, y que aumenta con mayor potencia el mínimo de la pena privativa de la libertad respecto de la portación de armas de uso civil que en lo concerniente a las armas de guerra. En efecto, en el primer caso incrementa un 300% más al mínimo de 1 año ya establecido, mientras que en el segundo (cuando se trate de armas de guerra) los 4 años asignados por el párrafo 8° sólo representan 6 meses más. En cuanto al máximo, se le agrega 6 años más (150 %) al tope ya establecido respecto de las armas de uso civil (que es 4), mientras que si son de guerra el aumento es mucho menor (sólo se le suma 1 año y 6 meses).

El interminable 189 bis tiene en el inc. 4 otros calificados. Por la entrega de armas de fuego a quien no acredite su condición de legítimo usuario, con pena de prisión de 1 año a 6 años. Si el arma fuera entregada a un menor de 18 años, la pena será de 3 años y 6 meses a 10 años de prisión. Nuevamente se ve al legislador cuidándose de no usar los 4 años en el mínimo para lograr idéntico resultado: impedir la excarcelación y la condena condicional. También se califica si el autor hiciere de la provisión ilegal de armas de fuego una actividad habitual (párrafo 3° del inc. 4), por lo que la ley agrava la pena asignándole 4 a 15 años de reclusión o prisión. En el 4° párrafo se califica el básico y los dos calificados antes mencionados, si el culpable contare con autorización para la venta de armas de fuego, adicionando a sus respectivas penas con carácter de agravante la inhabilitación especial absoluta y perpetua y una multa fija de 10.000 pesos. En otros términos, mediante la asignación de dichas especies de pena, con razón, se castiga con mayor rigor la ofensa del proveedor que la del tenedor o portador.

En el mismo Título 7, Capítulo 4, De los Delitos contra la salud pública, art. 200, se instituye el tipo básico del envenenamiento, adulteración o falsificación de un modo peligroso para la salud, de aguas potables o sustancias alimenticias o medicinales destinadas al uso público o al consumo de una colectividad de personas, con pena de reclusión o prisión de 3 a 10 años y multa de 10.000 a 200.000 pesos. Dichas conductas (y no las que se encuentran castigadas con igual pena en el art. 201, que no son comprendidas por calificante ni agravamiento alguno, cuando en varios supuestos sí correspondería), se califican por 2 (dos) circunstancias (aunque se mencionan 3 (tres)): si resulta la muerte de “alguna” persona, se le adiciona 7 años al mínimo y 15 al máximo (quedando de 10 a 25); si resultaren lesiones gravísimas, se mantiene el mínimo pero se le suma al máximo 5 años (quedando de 3 a 15 años). Si resultaren lesiones graves la pena es exactamente igual. Si, como se lee⁸². Esta última se trata de un caso de delito calificado sin pena extra por ello, ya que se describe un elemento del tipo con sentido calificante, pero que tiene asignado la misma pena que el básico, es decir no va acompañado de ninguna sobrecarga sancionatoria. Será el juez, en base a los arts. 40 y 41, que a tal fin dentro de la misma escala lo deberá valorar. Pero con ello no se agotan las rarezas. En efecto, el último párrafo del mismo art. 201 bis agrega: “En todos los casos se aplicará además multa de pesos diez mil a pesos doscientos

legislativo”, que es “enorme, gravísima e impresentable. No se la puede aceptar”. A pesar de todas estas críticas el Senado con 48 votos por la afirmativa y 4 en contra aprobó las modificaciones de Diputados, y sancionó el texto de la ley N° 25.886 inserto en la actualidad en el Código Penal vigente.

⁸² El texto consultado de la LN N° 26.524 del año 2009 se corresponde con el publicado en <https://www.senado.gob.ar/parlamentario/comisiones/verExp/108.06/CD/PL>, en <https://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/155000-159999/159680/norma.htm>, y en la edición Zavalía, 2022, del Código Penal.

mil”. Es decir, la pretensión agravante se agota con la asignación conjunta de la misma especie y cantidad que tiene ya previsto el básico. Nuevamente aquí, hasta que se concrete una eventual reforma, serán las pautas fijadas en la Parte General en las normas antes citadas las que, dentro de la escala legal, permitirán al juez recomponer dicha incongruencia.

El art. 202 reprime con reclusión o prisión de 3 a 15 años al que propagare una enfermedad peligrosa o contagiosa para las personas. Esta figura básica no tiene calificantes⁸³.

El art. 203 en su primer enunciado inserta un básico en virtud del cual se castiga con multa de 5.000 a 100.000 pesos a quien cometiera envenenamiento o adulteración de aguas potables o alimentos o medicinas. En el segundo enunciado se dispone calificarlo en caso que “...tuviera como resultado enfermedad o muerte se aplicará prisión de 6 meses a 5 años”⁸⁴.

Sobre el orden público

En el Título 8: Delitos contra el orden público, Cap. 2, art. 210, se contempla la asociación ilícita, que asigna para los que incurren en el tipo básico la pena de prisión o reclusión de 3 a 10 años. Se califica para sus jefes y organizadores, aumentando el mínimo a 5, y los 10 de máximo quedan. En el art. 210 bis se establecen nuevas circunstancias que modifican las respectivas penas. En efecto, los que tomen parte, cooperaren o ayudaren a la formación o mantenimiento de una asociación ilícita con las características y fin especial determinado en el tipo, merecerán entre 5 y 20 años, es decir, el mínimo aumenta sólo dos años en el primer caso (210 primer párrafo) y se mantiene igual en el segundo (210 segundo párrafo), por más que su accionar contribuya a poner en peligro la Constitución Nacional y concurra la integración de 10 miembros, la organización militar, una estructura celular, dispongan de armas de guerra, su actuación sea transnacional, la integren miembros de fuerzas de seguridad o armadas, o reciba apoyo de funcionarios públicos. En cuanto al máximo, se agregan 10 años en los dos supuestos por igual, sin que el rol directivo que alguno de aquéllos asuma fije un mayor valor (alguna diferencia) en la cantidad.

Sobre la seguridad de la Nación

El Título 9, Delitos contra la seguridad de la Nación, contiene, en el Cap. 1, al tipo básico de la traición (art. 214), cuya pena legal es la alternativa de reclusión o prisión de 10 a 25

⁸³ Lo advierte TERRAGNI (2017: 136).

⁸⁴ TERRAGNI (2017:137) marca con claridad que no es razonable equiparar la enfermedad con la muerte. También, en el marco de una compleja compulsa, con puntería aduce falta de correspondencia entre los calificados de los arts. 196 segundo párrafo y 203 segundo enunciado y las penas de dos básicos: el homicidio culposo y las lesiones culposas (arts. 84 y 94), según LN N° 25.189. Sobre el punto se debe tener presente que la LN N° 27.347 con posterioridad elevó el mínimo del 84. De modo tal que en la actualidad el descarrilamiento o naufragio culposo del que resultare lesionada o muerta alguna persona tiene asignada prisión de 1 a 5 años, supuesto en el que la equiparación de los resultados tampoco parece estar fundada. El 203 segundo enunciado tiene, como se ha visto en el texto, asignado prisión de 6 meses a 5 años. En sendas hipótesis se contempla una acción culposa seguida del resultado muerte, cuyas penas no reflejan la acumulación de injustos. Nótese que el plus en el 196 por el resultado muerte es nada más que 6 meses de privación de la libertad en el mínimo y 2 años en el máximo. En el 203 el plus opera mediante la sustitución de la multa por la prisión. Ello dado que el básico del 84 por sí solo (en otros términos, la consecuencia de la acción culposa) tiene asignado prisión de 1 a 5 años de prisión, es decir, idéntica o mayor medida que las del 196 y 203, figuras que contienen la acción culposa más el resultado causado. Es decir, en los dos calificados se licua la entidad de la sanción correspondiente al básico. En lo concerniente a las lesiones es la equiparación que efectúan los arts. 196 y 203 la que genera el desajuste irresoluble, dado que las lesiones culposas del art. 94 conminan prisión de 1 mes a 3 años o multa de 1.000 a 15.000 e inhabilitación especial por 1 a 4 años, y, por lo tanto, la comparación de penas no revela desproporción.

años o reclusión o prisión perpetua “y en uno u otro caso, inhabilitación absoluta perpetua”⁸⁵. El tipo se califica en virtud del art. 215, caso en el cual la pena asignada es la reclusión o prisión perpetua. Es decir, la agravante es idéntica a una de las especies contempladas como pena alternativa del básico (sólo sería una pena mayor si el juez optara por la otra) y no contiene la conjunta de inhabilitación que el art. 214 si prevé para las dos opciones de la pena del básico.

En el Cap. 2, Delitos que comprometen la paz y dignidad de la Nación, art. 219, según LN N° 26.394 del 2008, el tipo básico asigna prisión de 1 a 6 años a quien por actos materiales hostiles no aprobados por el Gobierno Nacional, diere motivos al peligro de una declaración de guerra contra la Nación, expusiere a sus habitantes a experimentar vejaciones o represalias en sus personas o en sus bienes o altere las relaciones amistosas del Gobierno argentino con un gobierno extranjero. Si de los actos descritos como tales resultaren hostilidades o la guerra, la pena será de 3 a 15 años de reclusión o prisión. El tipo básico y calificado se califican a su vez si el sujeto activo fuera un militar, supuesto en los cuales los mínimos “se elevarán a tres y diez respectivamente”. Asimismo, los máximos de las penas previstas en este artículo “se elevarán respectivamente a diez y veinte años”. Todo ello sin perjuicio de la inhabilitación especial por un tiempo doble del de la condena integrada en forma conjunta, en función de otra circunstancia calificante identificada por el art. 235, es decir 16 arts. más adelante⁸⁶, y de los aumentos del máximo (al doble) de la pena de reclusión o prisión, según el caso, también previstos por dicha disposición común.

Sobre la administración pública

El Título 11, Delitos contra la administración pública, tiene previsto en el art. 237 el básico del atentado a la autoridad, con una pena de 1 mes a 2 años de prisión. Sobre la base de un esquema que procede del Código de 1921 se califica por dos criterios. En primer lugar, si concurre alguno de los 4 supuestos previstos en el primer párrafo del art. 238, caso en el que la pena se eleva 5 meses al mínimo y 1 año al máximo. En segundo lugar, en virtud del último párrafo, si el autor fuere un funcionario público “sufrirá además inhabilitación especial por doble tiempo del de la condena”.

El 241 bis, incorporado por LN N° 26.394 del año 2008, dentro del mismo Cap.:1 Atentado y resistencia a la autoridad, contiene un tipo básico cuyo sujeto activo son “los militares” que tumultuosamente peticionaren o se atribuyeren la representación de una fuerza armada, tomaren armas o las usaren, así como a naves o aeronaves, o extrajeren fuerzas armadas de sus asientos naturales, contra las órdenes de sus superiores, o hicieren un uso indebido de personal de la fuerza. Su ejecución tiene asignada prisión de 3 a 10 años. Si conspiraren para cometerlo aquélla será de 1 a 5 años. Se califica si resultare la muerte de una persona o más personas, se sufrieren pérdidas militares o se impidiere o dificultare la salvación de vidas en supuesto de catástrofe; supuestos en los que, sin diferencia alguna, las penas antes vistas sólo se elevarán en su máximo “a veinticinco años”, generando rangos extraordinarios. En el primer caso, queda de 3 a 25 años, y en el segundo, de 1 a 25 de prisión. Se trata, por otra parte, de escalas cuyo mínimo es ínfimo teniendo en cuenta que las circunstancias previstas también tutelan la vida. Cierra el art. 241 bis con la invocación de subsidiariedad: “En cualquier caso se impondrán las penas aquí previstas siempre que no resultare un delito más severamente penado”. Sin embargo, atento a los

⁸⁵ Una de las opciones trata de un supuesto de pena conjunta de la privación de derechos a quien es condenado a pena privativa de la libertad perpetua.

⁸⁶ Situación que se reproduce para todos los delitos previstos en el Título 10.

mínimos antes señalados, dicho principio puede conducir a conclusiones diversas a las tenidas en miras el legislador.

En el Cap. 4, del mismo Título, art. 252 última parte, se reprime al militar que abandonare su servicio, su destino o que desertare en tiempo de conflicto armado o zona de catástrofe, con la pena de 1 a 6 años de prisión. Si como consecuencia de su conducta se concretaren los mismos resultados típicos que califican al art. 241 bis antes visto, el mínimo sigue igual, pero el máximo de la pena se elevará a 12 años, es decir, una diferencia inmensa (por debajo) con el de aquél.

El art. 255, ubicado en el Cap. 5: Violación de sellos y documentos, anticipa una pena de prisión de 1 mes a 4 años al que sustrajere, alterare, ocultare, destruyere o inutilizare en todo o en parte objetos destinados a servir de prueba ante la autoridad competente, registros o documentos confiados a la custodia de un funcionario público o de otra persona en el interés del servicio público. Se califica si el autor de dichas conductas es el mismo depositario, en cuyo caso el agravamiento de la pena se da mediante la asignación conjunta de la “inhabilitación especial por doble tiempo”, sin aumentar las medidas de la escala correspondiente a la privación de la libertad.

El Cap. 6 de los Delitos contra la administración pública, contiene al art. 256 bis (tráfico de influencias) que estipula reclusión o prisión de 1 a 6 años e inhabilitación “especial” perpetua sólo “para ejercer la función pública” (aclaración que no se lee en el art. 256 (cohecho pasivo)) para el que solicitare o recibiere dinero o dádivas o aceptare una promesa en tal sentido, para hacer valer su influencia ante un funcionario, a fin de que éste haga, retarde o deje de hacer algo relativo a sus funciones. Si la conducta estuviera destinada a hacer valer indebidamente una influencia ante un juez o fiscal a fin de obtener la emisión, dictado, demora u omisión de un dictamen, resolución o fallo, el mínimo no se toca (aunque es ostensiblemente bajo), pero se aumenta el máximo a 12 años, es decir se lo duplica.

El art. 257, según LN N° 25.188, la misma que introdujo el anterior, reprime con prisión de 4 a 12 años de reclusión o prisión e inhabilitación “especial” perpetua a secas al juez o fiscal que recibiere dinero o cualquier otra dádiva, o una promesa en tal sentido, para emitir, dictar, retardar u omitir dictar una resolución, fallo o dictamen. El básico, previsto en el art. 256, ya contemplaba la privación de derechos, en idénticos términos, por lo que el agravamiento se encuentra constituido por la adición de 3 años al mínimo (de 1 año), que, como se ha visto, impuesto por el legislador busca, entre varios fines, la privación efectiva de la libertad del sujeto activo, y la duplicación del máximo.

El art. 258 (cohecho activo) conmina con prisión de 1 a 6 años al que diere u ofreciere dádivas en procura de alguna de las conductas reprimidas por los arts. 256 y 256 bis primer párrafo. La figura básica se califica si la dádiva se hiciera u ofreciere con el fin de obtener alguna de las conductas tipificadas en los arts. 256 bis segundo párrafo y 257, en cuyo caso la pena será de reclusión o prisión de 2 (se adiciona 1 año) a 6 (si, no cambia, es la misma medida máxima que tiene previsto el básico). Si el culpable de los tipos calificados fuere funcionario público “sufrirá además inhabilitación especial de dos a seis años en el primer caso y de tres a diez años en el segundo”. Nótese que el básico no tiene prevista la privación de ningún derecho con carácter principal, y que estos calificados sólo la tienen limitada temporalmente.

Todos los delitos de este capítulo, entre ellos los antes descriptos, llevan como pena conjunta principal la de multa, caracterizada por la distintiva manera de determinar sus medidas: “de dos a cinco veces del monto o valor del dinero, dádiva, beneficio indebido o ventaja pecuniaria ofrecida o entregada” (art. 259 bis, según modificación de la LN N° 27.401 del 2017). El legislador da las pautas que determinan la escala, derivando en el juez

el proceso de cuantificación de sus extremos y la selección de un punto entre ellos⁸⁷. La singularidad de tal fijación, centrada en la cifra económica objeto de la acción delictiva, en el sistema actual del Código tiene como antecedentes a los arts. 260 y 262, y, más recientemente, a las leyes nacionales N° 26.683 y 26.734 del año 2011. *Entre todas, ensamblada con otras especies o prevista como única (nunca como alternativa), constituye un gran número de tipos de penas distintos a lo largo de la Parte Especial del Código, aunque algunos de ellos sólo se destacan por prescribir diversas pautas para su determinación* (de dos a cinco veces el monto o valor del dinero, dádiva, beneficio indebido o ventaja pecuniaria ofrecida o entregada (arts. 259 bis en función del 258 segunda hip. y 256 bis 1° pár.; igual al duplo de la cantidad ofrecida o recibida en el cohecho (art. 276 pár. 1°, en función del art. 275 pár. 1°); equivalente de dos a diez veces del valor del ganado sustraído (arts. 167 quince, en función del 167 ter); equivalente al monto de la operación (art. 307); de dos a ocho veces el valor de las operaciones realizadas (art. 310); escala en porcentajes del valor sustraído (art. 262); o escala en porcentajes de la cantidad distraída (art. 260 segundo supuesto)⁸⁸. La razonabilidad de los valores resultantes y la admisibilidad de un mecanismo tal que pende de una tasación o bien de una cuenta requiere del intérprete un crítico examen a luz del principio de legalidad.

En el Cap. 9: Exacciones ilegales, el tipo básico (art. 266) contiene una conducta reprimida nada más que con prisión de 1 a 4 años, inhabilitación especial de 1 a 5 años, y multa de dos a cinco veces del monto de la exacción. Si se empleare intimidación o se invocare orden superior, comisión, mandamiento judicial u otra autorización legítima, las calificantes conducen a un aumento de la pena, la que, en palabras del legislador, “podrá elevarse la prisión hasta cuatro años y la inhabilitación hasta seis años” (art. 267). Se da cita aquí la situación analizada con anterioridad con motivo del art. 189 primer párrafo.

El prevaricato del juez que dicta resoluciones contrarias a la ley o citare hechos o resoluciones falsas (art. 269 primer párrafo) en su modalidad básica está castigado con multa -escala- e inhabilitación absoluta perpetua. Si la sentencia fuere condenatoria en causa criminal (art. 269 segundo párrafo) la pena tiene la particularidad, casi nunca vista en el sistema del Código, al sustituir una especie por otra (la multa por una pena privativa de la libertad de notable entidad), la reclusión o prisión de 3 a 15 años, y mantener la inhabilitación conjunta prevista ya para el básico, que al ser asignada desde el vamos en su máxima expresión no tiene posibilidad alguna de ser aumentada en esta instancia.

El testigo, perito o intérprete falso tiene conminada una pena de 1 mes a 4 años de prisión e inhabilitación absoluta por doble tiempo del de la condena. Se califica por dos circunstancias. Si el falso testimonio se cometiere en una causa criminal, en perjuicio del inculpado, la pena será de 1 a 10 años de reclusión o prisión, es decir, se aumenta 11 meses al mínimo y 6 años al máximo, y también se mantiene la privación de derechos prevista ya para el básico (art. 275 segundo y tercer párrafo). Si la declaración fuere prestada mediante cohecho sólo se le adiciona⁸⁹, tanto al básico como al calificado (en este caso, en carácter de agravante de una agravada), una multa conjunta “igual al duplo de la cantidad ofrecida o

⁸⁷ El juez no puede individualizar la multa sin antes estipular la entidad del mínimo y del máximo.

⁸⁸ La escala de la multa consignada en base a un cálculo monetario “de veinte al sesenta por ciento de los valores usados” (art. 307) y “de veinte al sesenta por ciento del valor sustraído” (art. 309) ya se observa en el Proyecto de Piñero, Rivarola y Matienzo de 1891. También la contempla el Proyecto Tejedor, así, por ejemplo, en los arts. Segundo y Tercero, parágrafo 10, del Título 2°, del Libro Segundo, de la Parte Segunda, relativos a las exacciones.

⁸⁹ El plus deriva de las expresiones integradas al mismo enunciado normativo: “La pena del testigo,...”, que remite por lo tanto al 275, “...se agravará con...”.

recibida” (art. 276 primer párrafo). En tal supuesto, el sobornante “sufrirá la pena del simple testigo falso”, es decir la correspondiente al básico sin la multa antes descripta⁹⁰.

Sobre el encubrimiento

En esta lectura doblemente selectiva de la Parte Especial del Código (sólo se repara en los tipos de penas de los delitos calificados), sin asistencia de ChatGPT ni nada que se le parezca, debe enfrentarse el Capítulo 13 dedicado al Encubrimiento.

El art. 277 1. configura los elementos de su básico, al que la ley asigna una pena de 6 meses a 3 años de prisión. El 3. establece supuestos calificantes para los cuales prevé un aumento del “doble” de dicha escala, es decir, le adiciona respectivamente 6 meses y 3 años (quedando en 1 a 6).

De las hipótesis que en tal carácter inserta ((b) ánimo de lucro, c) habitualidad, d) funcionario público)) se destaca el apartado “a) El hecho precedente fuera un delito especialmente grave, siendo tal aquél cuya pena mínima fuera superior a tres años de prisión”. Es poco común en el sistema del Código que en su Parte Especial la ley conceptualice un elemento del tipo, en este caso, de pena; pero al hacerlo como aquí ocurre, de allí su relieve, constituye un lineamiento propio de la Parte General. En el marco de un bien jurídico determinado, casi al final del Libro Segundo⁹¹, se fija un criterio que el intérprete constantemente y por todos lados ha estado buscando en el régimen de penas argentino. En cierto sentido todas las ofensas típicas son graves, pero la identificación de tal carácter en base a dicho señalamiento legal de forma indubitable hoy se marca a partir del referenciado parámetro cuantitativo de la especie privativa de la libertad: el mínimo de la escala debe ser “superior” a 3, sea que se trate de un delito básico, calificado o atenuado, doloso o culposo. Quedan fuera de tal rótulo los delitos que cuentan con penas exclusivamente de inhabilitación y/o de multa.

Vale aquí recordar que los mínimos superiores a 3 años que revistan en el Código, sin computar las circunstancias propias de cada caso concreto, parten de los 1216 días (3

⁹⁰ Se descarta que al sobornante le corresponda, en su caso, la pena de los calificados, ya que el art. 276 último párrafo alude a la pena de “simple” testigo falso. Es decir, tendrá mucho menos días de cárcel y nunca multa que sí se proyectan al sobornado, precisamente en las situaciones de mayor gravedad.

⁹¹ “sin consulta y basándose en la forma en que la justicia nacional ha organizado la justicia” (DONNA, Parte Especial III: 514). El origen de la fórmula no se evidencia entre los proyectos presentados en la H. Cámara de Diputados. Su texto emerge en el Proyecto avalado por el Dictamen de Mayoría de las Comisiones de Justicia, Legislación Penal, de Drogadicción, de Finanzas y de Transporte, publicado en la Orden del Día N° 1999 del 26 de mayo de 1999, pág. 8660. No obstante, se explicita un fundamento, acotado en lo que aquí interesa, que, en las distintas cuestiones abordadas evidencia, por parte de quien lo redactó, conocimiento de teoría penal. Allí se expresa que “...la razón por la cual el tipo calificado viene definido por la mención “delito especialmente grave” y recién luego se ofrece una determinación del delito grave por medio de la escala penal, reside en que si el texto directamente se remitiera a la escala penal, se podría sostener que el dolo del encubridor, en razón de tener que referirse a todos los elementos del tipo, tuviese que alcanzar al conocimiento efectivo y actual de que el hecho precedente tiene tal o cual escala penal en la ley. La redacción que se propone, en cambio, fortalecería la idea de que basta con que el encubridor conozca la “base fáctica” del hecho precedente, sepa además que tal hecho constituye delito y sea consciente también de que, en general, es un hecho especialmente grave para la ley y la sociedad. El error acerca de la medida del mínimo penal o al carecer de toda idea al respecto sería error o ignorancia de subsunción, no excluyentes del dolo”. Nada dice sobre la reyerta de fondo ni qué estudios o antecedentes se han tenido en cuenta para la definición. El Dictamen de la Minoría no tiene al tema como eje de la discusión. El H. Senado en cambio inicialmente tuvo la postura de no modificar el art. 277, y en relación a la calificante aquí tratada el Dictamen de las Comisiones de Asuntos Penales y Regímenes Carcelarios, de Drogadicción y Narcotráfico, de Economía y de Presupuesto y Hacienda, publicado en el Orden del Día 1335, de fecha 23 de Diciembre de 1999, se oponía por vulnerar el principio de legalidad, dado que no se sabe qué es “delito especialmente grave”. Finalmente fue sancionado el 13 de Abril del 2000, bajo el N° de Ley 25.246 (B.O.N. del 11/5/2000).

años y 121 días), previsto, por ejemplo, en los arts. 232 en función del 226 párrafos 3° y 1°. Le siguen: 1217 (170 pár. 5° en función del 170 primer párrafo primer supuesto), 1277 (189 bis pár. 4°), 1460 (167 bis en función del 167), 1642 (303 2) en función del 1)), 1825 (166 inc. 1°), 1946 (234 pár.1° en función del 226 pár. 2° y 3°), 1947 (170 pár. 5° en función del 170 pár. 1° segundo supuesto), 2190 (119 pár. 3°), 2433 (107 en función del 106 pár. 3°), 2434 (170 pár. 5° en función del 170 pár. 2°), 2920 (79), 3650 (165), 3893 (41 bis en función del 79), 4866 (167 bis en función del 165), 5475 (142 bis pár.3°), 6084 (170 pár. 4° y 5°), y 18250 días (los delitos que tienen prisión o reclusión perpetua asignada, en el esquema del sector de la doctrina y jurisprudencia que aceptan dicha extensión). La línea de flotación establecida por el 277 3. deriva en que estos son delitos “especialmente” graves en el sistema del Código.

En relación al “ánimo de lucro” referido en el inc. b), debe decirse que, a diferencia del criterio establecido por el art. 22 bis, en virtud del cual la sanción que se aplica es la complementaria de multa, frente a dicha circunstancia en el 277 3. se incrementan los extremos de la especie de prisión.

Otro ingrediente del 3. es el inserto en el último párrafo, cuando expresa que “La agravación de la escala penal, prevista en este inciso sólo operará una vez, aun cuando concurrieren más de una de sus circunstancias calificantes...”⁹²

El art. 279 actualmente vigente en líneas generales tiene como fuente la LN N° 25.246 del año 2000⁹³. El inc. 3, en cambio, a la 25.815 del año 2003 y a la 26.683 del año 2011. No obstante, su estructura procede de la primera, la que se sanciona principalmente pensando en el lavado de activos. En el presente, dicha temática tiene, a partir del art. 303, su propio Título, el 13: Delitos contra el orden económico y financiero, de conformidad a lo estatuido en el año 2011 por la LN N° 26.683 y en el corriente 2024 por la LN N° 27.739.

Así las cosas, y derogado el art. 278 (según texto de la LN N° 25.246), el art. 279, especialmente en sus tres primeros incs., debe ser nuevamente interpretado.

Contiene reglas de determinación de la pena (ROXIN, I: 334) aplicables al encubrimiento. Como fundamento de la fórmula que menosprecia (en otros términos, privilegia) la criminalidad del encubrimiento⁹⁴ en el marco de diversas modalidades del crimen organizado, se invoca el principio de proporcionalidad, puesto que, se predica, la pena que recibe el que encubre no puede ser superior a la que se impone al autor del hecho principal.

⁹² En los fundamentos del Dictamen de Mayoría de las comisiones intervinientes en la H. Cámara de Diputados antes visto, sobre el punto se lee: “...la acumulación de causales de agravación no produce la multiplicación de la agravación del marco penal, sino que éste se duplica una sola vez, y la eventual concurrencia de otras causales pueden incidir tan sólo en el ámbito de la medición de la pena”. Respecto de cada hecho de encubrimiento, contenido en un proceso, se entiende. Por lo que si al autor se le atribuyen varios en concurso real la duplicación opera caso por caso, luego de lo cual dicha regla no obstaculiza la aplicación del art. 55 del CP.

⁹³ Los proyectistas se inspiraron en el art. 452, Cap. III, Del encubrimiento, del Código Penal de España de 1995: “En ningún caso podrá imponerse pena privativa de libertad que exceda de la señalada al delito encubierto. Si éste estuviera castigado con pena de otra naturaleza, la pena privativa de libertad será sustituida por la de multa de seis a veinticuatro meses, salvo que el delito encubierto tenga asignada pena igual o inferior a ésta, en cuyo caso se impondrá al culpable la pena de aquel delito en su mitad inferior”.

⁹⁴ La inclinación se debe principalmente al centro analítico que tuvo el legislador (el lavado de dinero, que se trató conjuntamente con las reformas al encubrimiento) en sus consideraciones parlamentarias.

En este sentido tales cláusulas vuelven a tener una aplicación equivalente a la preferente respecto de los precedentes que el legislador consultó⁹⁵.

El inc. 1 expresa “Si la escala penal prevista para el delito precedente fuera menor que la establecida en las disposiciones de este capítulo, será aplicable al caso la escala penal del delito precedente”⁹⁶.

En dicho marco, a los fines de compararlas, como criterio para determinar cuál resulta aplicable, refiere, según el caso, a las penas establecidas en el Cap. XIII del Título 12 y a las penas de los delitos precedentes, desperdigados por todo el Código. Se trata de otro supuesto en el que la pena aplicable no es si o si la correspondiente al delito de encubrimiento sometido a conocimiento, sino que surge de un cotejo en el que prima la menor, que puede ser la del delito precedente. La compulsión en muchos casos exige interpretación, es decir la asunción de una postura sobre cuál de las dos es la que se debe aplicar.

La fórmula, como se ha dicho, tiene origen en la LN N° 25.246, que la introdujo, siguiendo antecedentes del derecho comparado, para evitar que el encubrimiento del lavado de activos sea castigado con más pena que este delito. Esta fue, entre tantas que podría tener, la preocupación que motivó al legislador sancionarla. En el devenir de la política legislativa nacional terminó siendo una regla aplicable para todos los previstos en la Parte Especial del Código, y no sólo para aquél. El criterio, siempre que concorra la condición, conduce a escalas diversas respecto de la misma acción. Es decir, el encubrimiento, en el supuesto previsto por el art. 279 1. (que la pena prevista para cada tipo sea mayor)⁹⁷, tendrá múltiples escalas asignadas, en función del hecho precedente de que se trate, sin importar su calidad de simple o calificado. Si es un hurto simple tendrá prisión de 1 mes a 2 años, y no de seis (6) meses a tres (3) años como lo estipula el art. 277 inc. 1. Si se trata de un robo (art. 164) calificado por el 167 bis la escala será de 1 mes y 10 días hasta los 8 años, ya que el mínimo siempre va a ser menor.

Si la pena del hecho precedente es mayor, la pena del encubrimiento es la establecida, según los casos, por los arts. 277, 277 bis, 277 ter o el 279 inc. 3., esto es la pena será siempre la misma y se condice con la que originalmente fue fijada por el legislador en función de la ofensa que implica contra la Administración Pública.

Si las penas son iguales no tiene sentido darle preferencia a una sobre la otra.

Es discutible que la sustitución de pena se produzca con independencia de la calidad de tipo simple o calificado. El art. 277 inc. 1 es un tipo simple, mientras que el 277 inc. 3 calificado. En el primer caso parece razonable que se aplique la pena menor, sea simple o calificado el delito precedente. En el segundo supuesto, la sustitución sólo debería operar

⁹⁵ En los fundamentos del Dictamen de Mayoría de las comisiones intervinientes en la H. Cámara de Diputados antes visto, se afirma que tanto en Alemania (con cita del párrafo 258 del StGB (Obstrucción de la punición), hoy todavía vigente) como en España (art. 452 1º parte, del Código vigente en esa época) no se aplica al lavado de activos, lo que hace pensar que en dicha materia “podría ser penado con mayor intensidad que el hecho precedente, en sí mismo”, aunque “esta apariencia podría ser engañosa” puesto que en sendos países el lavado sólo se castiga cuando los bienes proceden de “delitos graves” con una enumeración en particular (párrafo 261) o con la concurrencia de una agravación (art. 301), con lo que “en principio, no se daría la anomalía de que quien “lava” el botín sea penado más gravemente que el que “lo obtiene”. Vale aclarar que respecto del último país, en la actualidad, a partir de la reforma del 2015, el art. 452 convive con el art. 298, que prescribe el mismo criterio, respecto de la receptación y blanqueo de capital. No obstante, las reflexiones del legislador, y todas las que le siguen a éstas, no deben ser descartadas, simplemente se las debe consultar al tiempo del estudio de su actual capítulo específico.

⁹⁶ Los resultados del cotejo tienen que ser compatibles con las conclusiones a las que se arriba en el marco de los arts. 47, 48 y 76 ter primer párrafo.

⁹⁷ Idéntico sentido político-criminal tiene la fórmula inscripta, dentro del conjunto de normas previstas para el lavado, en el inc. 3 del art. 306: “Si la escala penal prevista para el delito que se financia o pretende financiar fuera menor que la establecida en este artículo, se aplicará al caso la escala penal del delito que se trate”.

(aunque la letra expresa no lo indica) si la comparación se realiza entre el tipo calificado del encubrimiento y un tipo calificado del delito precedente. Ello en razón de que la proporcionalidad obliga cotejar extremos equiparables.

Genera controversia el establecimiento de un mecanismo de determinación de la pena que contraría las valoraciones que el legislador ha tenido en cuenta al tiempo de fijar los mínimos, en este caso, del delito encubrimiento. Es que una cosa es evitar la desproporcionalidad y otra establecer un criterio que conduce a un mínimo (de la escala menor) que puede ser inferior al mínimo del encubrimiento. Carece de razón político-criminal castigar con una medida que está por debajo de la que el legislador entendió correspondía para tal o cual hipótesis de encubrimiento. En estos supuestos (no se presenta el problema si es exactamente el mismo) resulta que se aplica la escala menor, y ésta tiene como mínimo una medida inferior al mínimo legal del encubrimiento. Al establecer como aplicable (al encubrimiento) una escala correspondiente a otro delito emerge un mínimo que puede ser inadecuado (v.gr.: 1 mes en lugar de 6 meses). Y si bien la medida del mínimo original del encubrimiento está dentro de una escala que lo comprende (la escala con un mínimo menor del delito precedente), el juez puede optar por un número más bajo, y por esta vía desconocer el parámetro que se ha tenido en cuenta para aquél, y en consecuencia, no resulta plausible, frente a las palabras de la ley que lo habilitan, exigirle que no lo perfore. Este descalabro, producto de pregonar esquemas exógenos sin conocimiento del sistema de penas del Código local y sin un análisis riguroso de sus consecuencias, requiere una pronta revisión.

Las penas del Cap. XIII están previstas en los arts. 277 (el más trascendente), 277 bis, 277 ter y en el inc. 3 del 279 en función del 277. Son exclusivamente dos tipos de pena los que entran en el cotejo: la única de “prisión -escala-“ y la conjunta de “prisión -escala- e inhabilitación especial -escala-“.

En la operación que determina la pena aplicable, el parámetro establecido por el art. 277 inc. 3 a) resulta crucial en tanto destaca el valor del mínimo de la prisión en la comparación⁹⁸. No cuenta el máximo ni el rango. Dicha fórmula nada dice cuando los extremos están constituidos entre aquélla y la reclusión, sólo refiere a la escala, exhibiendo limitados conocimientos sobre los elementos de las sanciones a las que remite confrontar. El concepto central que la ley fija, debe entenderse, obliga a determinar cuál es la pena menor. De allí que en tal supuesto el intérprete, frente a la igualdad en la medida, debe tener a la segunda opción como la mayor.

El art. 277 *strictu sensu* contempla tres (3) medidas de la especie privativa de la libertad:

a) prisión de seis (6) meses a tres (3) años (inc. 1 completo). Quedan entonces como menos graves las escalas de los siguientes delitos: el hurto simple (1 mes a 2 años), el robo simple (1 mes de mínimo pero cuyo máximo es 6 años)⁹⁹ o calificado por el 167 bis (1

⁹⁸ La importancia del mínimo también es considerada por el TSJ de Córdoba. Así, su Sala Penal, en el precedente “Herrera, Diego Fernando –Recurso de Casación-”, Sent. N° 154 del 24/6/2008, ha dicho:” Consideramos que la cuantía del mínimo de una pena privativa de libertad es un parámetro que, salvo notoria irrazonabilidad, no puede ser obviado por los jueces en su aplicación...”

⁹⁹ En casos como éstos se presenta la paradoja, atento al máximo legal de la escala clasificada como menor, que el autor pueda ser condenado a una pena mayor; lo contrario de lo pretendido por el art. 279 1, y por ello inadmisibles. La proporcionalidad será respetada si la pena aplicada no supera el máximo del delito de encubrimiento que corresponda considerar (en este caso tres años), por más que la escala permita ir más allá. Se trata de otro supuesto en el que el juez debe respetar una pauta legal, no prevista en los arts. 40 y 41, en el proceso de individualización de la pena. Ningún inconveniente se presenta si el mínimo es menor.

mes y 10 días de mínimo pero cuyo máximo es 8 años)¹⁰⁰, la estafa y defraudaciones del 173 (1 mes de mínimo pero cuyo máximo es de 6 años)¹⁰¹, el daño, el atentado y la resistencia a la autoridad, la omisión maliciosa de presentar la declaración jurada o la inserción de datos falsos, o la omisión de insertarlos, entre otras.

b) prisión de un (1) mes a tres (3) años (inc. 2 en función del inc. 1 c)¹⁰². Quedan entonces como menos graves el 105, entre otros.

c) prisión de un (1) año a seis (6) años (inc. 3). Quedan entonces como menos graves las escalas de los siguientes delitos: el hurto simple, el robo simple (cuyo máximo es 6 años)¹⁰³ o calificado por el 167 bis (cuyo máximo es 8 años)¹⁰⁴, la estafa y defraudaciones del 173 (cuyo máximo es de 6 años)¹⁰⁵, la usurpación, la simple tenencia de armas de fuego de uso civil, sin la debida autorización legal del art. 189 bis 2., entre otros.

El art. 279 inc. 3) en función exclusivamente de los supuestos contemplados en los incs. 1 y 3 del art. 277, acarrea el agravamiento de la sanción para el autor del encubrimiento si éste fuera un funcionario público que hubiera cometido el hecho en ejercicio u ocasión de sus funciones. La pena única de prisión se transforma en conjunta mediante la adición de la inhabilitación especial de tres (3) a diez (10) años. Lo mismo ocurrirá si el autor “hubiere actuado en ejercicio de una profesión u oficio que requieran habilitación especial”.

En el inc. 2 del art. 279 se prescribe que: “Si el delito precedente no estuviera amenazado con pena privativa de libertad, se aplicará a su encubrimiento multa de un mil (1.000) pesos a veinte mil (20.000)¹⁰⁶ pesos o la escala penal del delito precedente, si ésta fuera menor”. Para desentrañar su significado es necesario aclarar, dada la confusión entre pena y escala que se ha deslizado nuevamente en las palabras de la ley, que cuando el legislador inserta el enunciado “o la escala penal del delito precedente” debe entenderse “o la pena del delito precedente”, la que no debe contemplar, por cierto, ni la prisión ni la reclusión. Si se interpretara literalmente lo expresado en el inc. 2º quedarían fuera de cualquier

¹⁰⁰ Ver infra nota 99.

¹⁰¹ Ver infra nota 99.

¹⁰² Un sector de la doctrina considera que la receptación de casos de procedencia sospechosa es compatible con el dolo eventual (ABOSO, 1309). De allí la baja entidad del mínimo.

¹⁰³ Ver infra nota 99.

¹⁰⁴ Ver infra nota 99.

¹⁰⁵ Ver infra nota 99.

¹⁰⁶ La escala no tiene correspondencia alguna con la ofensa que representa el encubrimiento. El origen de sus extremos puede desconcertar al más estable de los intérpretes. El legislador, preocupado más por las normas relativas al lavado de activos, señala que “son difícilmente imaginables hipótesis de hechos delictivos sólo amenazados con pena de multa que puedan generar enriquecimiento...Pero cuando menos existen algunas hipótesis que plantearían este problema: las previstas del art. 175, Código Penal...”. Luego expresa: “Para escoger la escala de la multa en sí,..., se ha partido de la escala del art. 175... (que en su pena mayor alcanza los 15.000) , agravada ligeramente (hasta 20.000\$)”. Inmediatamente después puede verse en sus palabras una cuota de realismo: “Desde luego que el marco penal escogido suena arbitrario...Los marcos penales de la pena de multa se han tornado tan arbitrarios (mucho más de lo que ya son también los referidos a la pena de prisión) que no hay ningún elemento determinante para fijar el “máximo correcto”. Pero volviendo a lo que aquí interesa resulta que hoy la escala de la multa para el encubrimiento, en el supuesto que el hecho precedente no tenga asignada pena privativa de la libertad, fue determinada legalmente teniendo en cuenta el máximo de la defraudación por apropiación de cosa perdida o por error o caso fortuito, figuras seleccionadas como ejemplos en un análisis relativo al lavado de activos (sin referencia alguna a hipótesis vinculadas con el encubrimiento) que pretendía justificar la regla inserta en el inc. 2 (Cfse. Cámara de Diputados de la Nación, Orden del Día N° 1999, Comisiones de Justicia, Legislación Penal, de Drogadicción, de Finanzas y de Transporte, publicado en la Orden del Día N° 1999 del 26 de mayo de 1999, pág. 8677/8). El Dictamen de la Minoría, H. Cámara de Diputados, OD N° 2011, p. 9, en el marco del trámite parlamentario de la LN N° 26.683, propuso que la escala de la multa fuera “de cinco mil pesos (\$5.000) a cien mil pesos (\$100.000)”.

sustitución un grupo de delitos precedentes con pena única o conjunta de inhabilitación que carecen de escala. En dicha línea se debe precisar también que los únicos tipos de penas que no contemplan a la prisión o la reclusión son los que castigan exclusivamente con la especie inhabilitación (arts. 235 pár. 2, 273, 248 bis, para dar algunos ejemplos), o exclusivamente con la especie multa (arts. 99 inc. 1, 262, 110, para dar algunos ejemplos) o bien la conjunta de multa e inhabilitación (arts. 136 párrafo segundo, 260 segundo supuesto, 270, 291 en función del segundo párrafo del art. 290, 269 pár. 1, para dar algunos ejemplos). Por otra parte, que el inc. 2 del 279 sin razón no contempla a la especie inhabilitación (en cualquiera de sus modalidades), como especie sustituta de la privación de la libertad y alternativa de la multa. Dicho ello, entonces, en el diseño legal que exhibe el especial interés del legislador por asegurar el respeto del principio de proporcionalidad, el encubrimiento (sea atenuado, básico o calificado) de un delito precedente –(sea atenuado, básico o calificado)- que no tenga previsto pena de prisión o reclusión, tendrá un tipo de pena sustituto, constituido por la múltiple alternativa que prevé una multa de 1000 a 20000 pesos o, según la pena del delito precedente, si esta fuere menor, las penas del Código que no contemplan la privación de la libertad, esto es: la inhabilitación -escala- o la multa -escala- (prevista para el delito precedente) o la conjunta de multa -escala- e inhabilitación -escala- (prevista para el delito precedente).

El art. 57, es cierto, establece la gravedad relativa de las penas de diferente naturaleza, indicando para ello el orden en que se hallan enumeradas en el artículo 5° (escala que pudo haber sido la correcta hace un siglo pero que en la actualidad ruega por una definición legal expresa en torno a la vigencia o no de la especie “reclusión” y merece ser revisada en lo atinente al orden previsto para la multa y la inhabilitación). Tal pauta tiene por fin esclarecer al intérprete del art. 56, meta sensiblemente diferente del esclarecimiento que el presente análisis se propone. No obstante, nada impide que se admita su aplicación analógica. Ahora bien, ya se ha advertido que el art. 279 inc. 2 no contempla a la especie inhabilitación. Pero ahora debe determinarse si resulta más o menos grave que la multa de 1000 a 20000 pesos, ya se la confrontare como pena única o bien como especie conjunta de la multa. Para salir de semejante enredo en principio se aceptará que la inhabilitación en cualquiera de sus especies, en virtud del art. 57, es menos grave que la multa. La especie multa del delito precedente tendrá igual tacha siempre y cuando el mínimo de su escala sea inferior a 1000 pesos. Por último, se deberá rechazar que tenga idéntico carácter la conjunta de inhabilitación y multa sean cual sean sus respectivas escalas.

En el análisis precedente ha quedado expuesto que el inc. 1 no tiene el mismo criterio que el inc. 2 para la sustitución. En el primer supuesto rige la pauta de la pena menor. En el segundo, por lo menos en las hipótesis que ha tenido a la vista el legislador, emerge la multa (es decir, otra especie de pena) con una escala especial como parámetro identificador de la pena menor que corresponde considerar en sustitución de la prevista originalmente para el delito de encubrimiento. Pero si el delito precedente tiene como pena única a la inhabilitación por ser de menor gravedad será ésta la que prima frente a la multa.

En el inc. 3, a posteriori (y no antes como resultaría más lógico) de establecer las reglas antes comentadas, se instituyen dos nuevas circunstancias calificantes con sus correspondientes penas agravadas. Atrapa sólo al tipo básico y al calificado del art. 277¹⁰⁷ cuando “fuera un funcionario público que hubiera cometido el hecho en ejercicio u ocasión de sus funciones” o se trate de quien “hubiere actuado en ejercicio de una profesión u ofi-

¹⁰⁷ No existe razón político-criminal para excluir el inc. 2 en función del inc. 1 c) del art. 277 de la calificante impuesta por el art. 279 inc. 3.

cio que requieran habilitación especial”. En tales supuestos se adiciona a la prisión con carácter de conjunta la especie “de inhabilitación especial de tres (3) a diez (10) años”. Vale aquí destacar que el art. 277 inc. 3 ya contempla como circunstancia calificante la calidad de funcionario público, en virtud de lo cual la escala de la prisión aumenta el doble de su mínimo y de su máximo. Para la adición de la inhabilitación como especie principal la ley en el 279 inc. 3 (en carácter de agravante de un agravado) requiere, en cambio, que dicho sujeto hubiera cometido el hecho “en ejercicio u ocasión de sus funciones”; no exigiendo abuso ni incompetencia, como lo establece el 20 bis (para la imposición complementaria, cuando correspondiere, de la inhabilitación especial de 6 meses a 10 años), y a pesar de ello se le asigna un mínimo notablemente más abultado.

Sobre la fe pública

El Cap. 3 de los delitos contra la fe pública (Título 12), a partir del art. 292 se concentra en las falsificaciones de documentos en general. Es precisamente dicha norma la que contiene primero un calificado y después su básico: la falsificación o adulteración de un instrumento público a la que asigna la pena de 1 a 6 años de reclusión o prisión, y la falsificación o adulteración de un instrumento privado, que reprime con 6 meses exclusivamente de la especie prisión.

En un segundo nivel las acciones se vuelven a calificar si el documento falsificado o adulterado fuere de los destinados a acreditar la identidad de las personas o la titularidad del dominio o habilitación para circular de vehículos automotores, en cuyo caso, la pena agravada será de tres a ocho años (292 pár. 3°). Por esta vía equipara la respuesta penal al abigeato calificado (167 ter segundo párrafo), al que organizare o tomare parte en una agrupación que tenga por objeto imponer sus ideas o combatir las ajenas por la fuerza (231 bis), al fabricante de armas que omitiere su número o grabado o asignare a dos o más armas idénticos números o grabados (189 bis 5.), al chantaje (art. 169), a la falsedad ideológica calificada (293 segundo párrafo).

El art. 298 califica a las figuras antes mencionadas (art. 292), como también a los demás básicos insertos en el mismo Capítulo, cuando el hecho fuere ejecutado por un funcionario público con “abuso de sus funciones”, hipótesis en la cual se le asigna con carácter de principal conjunta, a diferencia de supuestos equivalentes, “inhabilitación absoluta por doble tiempo del de la condena”.

Sobre los delitos contra el orden económico y financiero

Llegó el momento de analizar el nuevo Título del Código, incorporado por LN N° 26.683, promulgada por decreto N° 825/11, con observaciones, y publicada en el BON del 21/06/11, recientemente modificada por la LN N° 27.739 (BON del 15/3/24)¹⁰⁸. Aquélla tiene origen en un proyecto remitido por el PEN (mensaje N° 0898/10) a la H. Cámara de Diputados de la Nación, y otros presentados por distintos diputados en el año 2011. Los dictámenes de la mayoría y minoría, en lo que aquí concierne (los incs. 1 y 2 del art. 303), básicamente coinciden¹⁰⁹. El debate en el H. Senado giró sobre otros temas. El inc. 1 del

¹⁰⁸ La iniciativa tuvo origen en el Proyecto 09-PE-22, pero no contemplaba cambio alguno en el inc. 4 del art. 303. Ingresó en la H. Cámara de Diputados donde, en el marco del debate parlamentario, con dicha norma modificada se la sancionó con fecha 19/4/2023. En el H. Senado obtuvo aprobación el 14/3/2024.

¹⁰⁹ La mayoría propuso 4 incs. del art. 303. La minoría sólo 2. En su disidencia parcial el Dip. Juan C. Vega puso sobre el tapete la cuestión de los “Los delitos determinantes según la Convención de Palermo deben figurar de manera expresa en el texto de la ley, no se trata de delitos precedentes como el encubrimiento sino de las matrices causales ilícitas del delito de lavado. Esto es la corrupción, el narcotráfico y el terrorismo. Esa trilogía criminal es la que subyace detrás de las operaciones de blanqueo de capitales, de modo tal que una

art. instituye el tipo básico de la transformación de activos de origen ilícito (Aboso 1394), al que asigna la pena de prisión de 3 a 10 años y multa de 2 a 10 veces del monto de la operación. En el inc. 2 se establece que “La pena prevista en el inc. 1 será aumentada en un tercio del máximo y en la mitad del mínimo...” en caso de habitualidad, o que el autor fuera miembro de una asociación o banda formada para la continuidad de hechos de esta naturaleza (303 inc. 2 a)), o fuera funcionario público que hubiere cometido el hecho en ejercicio u ocasión de sus funciones. En este caso, sufrirá además pena de inhabilitación especial de tres a diez años. La misma pena sufrirá el que hubiere actuado en ejercicio de una profesión u oficio que requirieran habilitación especial (art. 303 inc. 2 b)).

Se debe señalar que el parámetro del aumento comprende a toda la pena, es decir a la privativa de la libertad y a la multa prevista en el inc. 1. El acrecentamiento de las escalas en esta oportunidad no deja lugar a dudas, el mínimo se eleva a la mitad (547 días y medio), esto es la prisión asciende a 1642 días y medio (4 años y 182 días y medio (es decir, 5 meses (de 31 días) y 27 días y medio), y la multa a 3 veces (2 más 1) el monto de la operación. El máximo de la privación de libertad, por su lado, se eleva un tercio, es decir queda determinado en 4866,6666 días (13 años y 121 días (es decir, 3 meses (de 31 días), 28 días, más los decimales), y en cuanto a la multa, queda en 13,33333 veces del monto de la operación. La habitualidad tiene en el sistema del Código castigos más intensos. En supuestos de encubrimientos motiva el aumento del “doble” del mínimo y máximo, aunque de una escala no tan rigurosa (art. 277 inc. 3). En supuestos de usura el mínimo de 1 año es elevado a 3, y el máximo de 3 es izado hasta los 6 años de prisión. La provisión ilegal de forma habitual de un arma de fuego agrava una escala de 1 a 6 años a 4 a 15. La calidad de funcionario público del autor de las operaciones de lavado en otras previsiones del Código sólo aparece la adición de la privación de derechos, sin que la escala de la privación de la libertad sea modificada. Con tales particularidades el art. 303 inc. 2 innova al fijar el mayor peso del incremento en la medida menor. La escala de prisión que queda conformada sin dudas resulta exótica: de 4 años y 182 días y medio a 13 años y 121 días. Como mínimo y máximo son los únicos en el sistema del Código. En el rompecabezas configurado se puede realizar una equiparación legal de la gravedad, aunque no exacta y teniendo en cuenta el mínimo, con el acopio ilegal de armas de fuego y municiones (que tiene un poco menos, de 4 a 10), con la fabricación ilegal habitual de armas de fuego (que tiene un poco más, de 5 a 10), con la provisión ilegal habitual de armas de fuego (que tiene de 4 a 15), o con la reducción a esclavitud o servidumbre (que tiene de 4 a 15)).

En virtud del inc. 3 del art. 303 será reprimido con la pena de prisión de 6 meses a 3 años el que recibiere bienes u otros activos provenientes de un ilícito penal, con el fin de hacerlos aplicar en una operación de las previstas en el inc. 1, que les de apariencia posible de un origen ilícito.

Los incs. 1 y 4 han sido recientemente modificados. En el primero, originalmente se establecía que la pena de 3 a 10 años y multa de 2 a 10 veces del monto de la operación correspondía siempre que su valor “supere la suma de pesos trescientos mil”. Ahora, en virtud de la LN N° 27.739, el valor debe superar “la suma de ciento cincuenta (150) Salarios mínimos, vitales y móviles al momento de los hechos”. En el segundo, originalmente se establecía la pena de prisión de 6 meses a 3 años, en caso de que en la acción prevista en el inc. 3 “no superare la suma indicada en el inciso 1”. Ahora, en virtud de la LN N° 27.739, tampoco debe superarse el monto determinado del modo antes indicado, caso en el

ley de lavado de activos que quiera ser eficaz en su faz preventiva y represiva debe contemplar y expresarlo en el tipo legal penal” (Cfse. H. Cámara de Diputados, OD N° 2011, p. 17).

cual el legislador (habiendo advertido que en la anterior redacción conminaba idéntico tipo de pena sea el monto superior o inferior al establecido en el inc. 1) decidió, en notable auto-corrección en el campo de los delitos de cuello blanco, sustituir la especie asignando en su lugar la “de multa de cinco (5) a veinte (20) veces del monto de la operación”. En el supuesto del art. 303 inc. 4º (ahora la pena es de multa cuando antes lo era la de prisión) el cambio –en principio- tiene sustento en la detección de un claro error del propio legislador y de allí que la sanción se atenuó mediante la sustitución. Ahora bien, el cambio permite sostener que la multa de 5 a 20 veces el monto de la operación tiene menor entidad punitiva que 6 meses a 3 años de prisión, aunque no pueda determinarse el cálculo efectuado en semejante ecuación. Tan significativo es que no puede descartarse un giro político criminal del legislador, más que una rectificación. Pero resulta que en evidente desproporción los nuevos extremos fijados para un atenuado son cuantitativamente superiores a montos de multa asignados mediante una escala en pesos o mediante porcentajes, en supuestos de delitos básicos y calificados. Y no solo eso, también, tanto en el mínimo como en el máximo, representa en la mayoría de las ocasiones el doble de los montos más altos de multa establecidos en una escala por la misma ley penal y que sólo aquí se observan.

La LN N° 27.739 agrega varios tipos básicos a los ya previstos en el art. 306 de conformidad a la LN N° 26.734, sin que se modifiquen las respuestas penales determinadas por esta última.

El art. 307 (renumerado por el decreto N° 169/2012) integra el tipo básico de suministro o utilización ilegal de información privilegiada. La pena prevista para el director, miembro del órgano de fiscalización, accionista o su representante, entre otros, es la conjunta de 1 a 4 años de prisión, multa equivalente al monto de la operación, “e inhabilitación especial de hasta 5 años”. Esta forma de especificar la última escala aparenta ser la definición de un mínimo igual a cero (0). Sin embargo, no es así, puesto que de la expresión legal surge que el juez debe imponer tal especie principal conjunta en el marco del tipo de pena asignado. Por lo tanto, su umbral es un (1) día y su máximo 5 años (un año más que el máximo de la privación de la libertad).

En virtud del art. 308 (también renumerado por el decreto antes citado) los delitos previstos por el art. 307 se califican por intermedio de 4 incisos y en consecuencia su pena se agrava. Dada la concurrencia de las circunstancias identificadas en los inc. a (habitualidad) y b (obtención de un beneficio o evitación de un perjuicio) el mínimo de prisión se duplica (se le suma 1 año) y al máximo se le adiciona un 50 % (llegando a 6 años de prisión), mientras que la multa e inhabilitación (un año menos que la privación de la libertad) no se alteran. Pero el art. 308 contiene un segundo nivel de calificación. Esto ocurre mediante las circunstancias indicadas en los incs. c (uso o suministro generador de grave perjuicio en el mercado de valores) y d (considerando la calidad del autor). Cada uno de ellos no tiene la misma respuesta estatal. En lo que concierne al inc. c) los extremos de la multa y de la inhabilitación (cuyo máximo, adelanto, tiene una medida que en la ocasión es tres años menor que el correspondiente a la privación de la libertad) no se tocan, pero, sin que la ley produzca modificación alguna del mínimo, es el máximo de la prisión conjunta el que con exclusividad se multiplica por dos (llegando a 8 años). Lo mismo ocurre respecto del último supuesto (el d), cuando el autor fuere un director, miembro del órgano de fiscalización, funcionario o empleado de una entidad autorregulada, o de sociedades calificadoras de riesgo, o ejerciera profesión de las que requieren habilitación o matrícula, o un funcionario público, caso en el cual, además, sin modificar tampoco los extremos de la multa, a diferencia de aquél la ley aumenta el máximo de la inhabilitación especial conjunta conformando una escala agravada que arranca de un (1) día y llega hasta 8 años, es decir, idéntica duración que la prisión.

El art. 310, respecto de la intermediación financiera ilegal básica (esto es la captación ilegal de ahorros y la prestación ilegal de servicios de intermediación) asigna prisión de 1 a 4 años de prisión, multa, en este caso, notablemente superior a la fijada en el art. 307, que va de 2 a 8 veces el valor de las operaciones realizadas, e inhabilitación especial “hasta seis años”. Se califica y eleva el mínimo de la pena privativa de la libertad a 2 años (es decir, adiciona sólo 1 año), sin modificar ninguna de las especies conjuntas, cuando se hubieran utilizado publicaciones de distintos tipos o cualquier otro procedimiento de difusión masiva. El máximo queda como estaba y en consecuencia se determina que la prisión conjunta tiene una escala que va de 2 a 4 años.

Consultas bibliográficas sugeridas

- ABOSO, GUSTAVO EDUARDO, *Código Penal de la República Argentina*, comentado, concordado con jurisprudencia, BdeF, Buenos Aires, 2011.
- AGUADO CORREA, TERESA [et al], “El principio de proporcionalidad penal”, dirigidos por Juan A. Lascurain Sánchez y Maximiliano A. Rusconi, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2014.
- ANTEPROYECTO DE CÓDIGO PENAL de la Nación Argentina, formulado por la Comisión creada por Decreto del PEN N° 678/12.
- ANTEPROYECTO DE REFORMA DEL CÓDIGO PENAL de la Nación, formulado por la Comisión creada por Decreto del PEN N° 103/2017.
- BERTONE, FERNANDO MARTÍN, *Individualización judicial de la pena, Análisis de doctrina contemporánea y trabajo empírico de aplicación jurisprudencial*, Alveroni Ediciones, Córdoba, 2010.
- BORINSKY, MARIANO HERNÁN, “Las garantías en el juicio”, en Borinsky, Mariano Hernán [et al], *Garantías del sistema acusatorio*, Thomson Reuter La Ley, Buenos Aires, 2022.
- CARRANZA, HORACIO, “Progresiva intensificación de la afectación de un bien jurídico sin unidad de ejecución” ¿Concurso de leyes? ¿Concurso ideal? ¿Concurso real?”, exposición en la sede del Instituto de Ciencias Penales, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2023 (Instituto de Ciencias Penales, Cuaderno N° 10, mayo de 2024).
- CESANO, JOSÉ D., *La pena de multa en el Código Penal argentino: un análisis dogmático, su interpretación doctrinaria y jurisprudencial. Perspectiva iuscomparada*, Di Plácido, Buenos Aires, 2010.
- CRESPO, DEMETRIO, “Notas sobre la dogmática de la individualización de la pena”, Universidad Externado de Colombia, Derecho Penal y Criminología, Vol. 21, N° 67, 1999, consultado el 2 de Febrero 2024 en <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpen/article/view/1134>.
- DE LA RÚA, JORGE, *Código Penal Argentino*, Parte General, 2° Ed., Depalma, Buenos Aires, 1997.
- DE LA RÚA, JORGE, TARDITTI, AÍDA, *Derecho Penal*, Parte General, Hammurabi José Luis Depalma Editor, Buenos Aires, 2014/5.
- DONNA, EDGARDO, *Derecho Penal*, Parte Especial, Rubinzal Culzoni, Sta. Fe, 2001.
- DONNA, EDGARDO A., DONNA, SEBASTIAN A., *La pena estatal*, 1° edición revisada, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2023.

- HAIRABEDIAN, MAXIMILIANO, GORGAS, MILAGROS, CISTERNAS, SILVANA, *Jurisprudencia penal de la CSJN y del TSJ de Córdoba*, 4ª Edición ampliada y actualizada, 2000-2023", Ed. Mediterránea, Córdoba, 2023.
- JAKOBS, GÜNTHER, *Derecho Penal*, Parte General, Fundamentos y teoría de la imputación, Marcial Pons, Madrid, 1997.
- JESCHECK, H., *Tratado de Derecho Penal*, Parte General, Comares, Granada, 1993.
- LASCANO, CARLOS J. (h), [et al], *Derecho Penal*, Parte General, Libro de Estudio, Advocatus, Córdoba, 2005.
- LASCURAÍN SÁNCHEZ, JUAN A., "Cuándo penar, cuánto penar", en Aguado Correa, Teresa [et al], *El principio de proporcionalidad penal*, dirigidos por Juan A. Lascuraín Sánchez y Maximiliano A. Rusconi, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2014.
- MORENO, RODOLFO, *La ley penal argentina*, Estudio crítico, segunda edición corregida y aumentada, Valerio Abeledo, Buenos Aires, 1908.
- NEUMANN, ULFRID, "El principio de proporcionalidad como principio limitador de la pena, en Aguado Correa, Teresa [et al], *El principio de proporcionalidad penal*, dirigidos por Juan A. Lascuraín Sánchez y Maximiliano A. Rusconi, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2014.
- NÚÑEZ, RICARDO C., *Delitos contra la Propiedad*, Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1951.
- NÚÑEZ, RICARDO C., *Derecho Penal Argentino*, Editorial Bibliográfica Argentina, T I a V, Buenos Aires, 1964/7; Lerner Ediciones, T VI a VII, Córdoba, 1971/4.
- NÚÑEZ, RICARDO C., *Manual de Derecho Penal*, Parte Especial, Lerner Editora, Córdoba, 1999.
- NÚÑEZ, RICARDO C., *Manual Parte General*, 3º Ed., Lerner Ediciones, Córdoba, 1977.
- NÚÑEZ, RICARDO C., *Las disposiciones generales del Código Penal*, Marcos Lerner Editora Córdoba, 1988.
- PROYECTO DE CÓDIGO PENAL para la República Argentina, trabajado por encargo del Gobierno Nacional por el Dr. Carlos Tejedor, Primera y Segunda Parte, Imprenta del Comercio del Plata, Buenos Aires, 1866/7.
- PROYECTO DE CÓDIGO PENAL para la República Argentina, redactado en cumplimiento del decreto del 7/6/1890, por los Dres. Norberto Piñero, Rodolfo Rivarola, y José N. Matienzo, Taller Tipográfico de la Penitenciaría Nacional, Buenos Aires, 1891.
- PROYECTO DE CÓDIGO PENAL para la Nación Argentina, Orden del día N° 63 (9 de 1917), Cámara de Diputados de la Nación, Buenos Aires, 1917.
- RODRÍGUEZ YAGÜEZ, CRISTINA, [et al], Directora, *Penas Perpetuas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.
- ROXIN, CLAUDIUS, *Derecho Penal*, Parte General, Fundamentos, La estructura de la teoría del delito, Civitas, Madrid, (1994) 1997.
- ROXIN, C., *Derecho Penal*, Parte General, T II, Civitas Thomson Reuters, Madrid, 2003.
- SILVA SÁNCHEZ, JESÚS-MARÍA, "La teoría de la determinación de la pena como sistema (dogmático): un primer esbozo", InDret 2/2007, Barcelona, Abril de 2007, consultado el 2 de Febrero 2024 en https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/426_es.pdf.
- SOLER, SEBASTIÁN, *Derecho Penal Argentino*, 8ª reimpresión total, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1978.
- TERRAGNI, MARCO A., *Proporcionalidad de la pena, Determinación legal e individualización judicial*, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2017.
- VÁSQUEZ, ROBERTO V., *La racionalidad de la pena*, Alción Editora, Córdoba, 1995.
- VÁSQUEZ, ROBERTO V., DIAZ REYNA, MARCOS, CAMMISA, AUGUSTO, "La pena de los delitos básicos", ponencia, Congreso Internacional de Derecho Penal, realizado en

Buenos Aires, los días 11 a 14 de Agosto de 1997, con motivo de los 75 años del Código Penal vigente.

VÁSQUEZ, ROBERTO V., “Los preceptos constitucionales de la pena”, Cuadernos de Derecho Penal, Nº 5, Instituto de Ciencias Penales, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba, mayo de 2019.

VÁSQUEZ, ROBERTO V., “La pena de los delitos básicos en el sistema del Código”, exposición en la sede del Instituto de Ciencias Penales, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2023.

ZAFFARONI, EUGENIO R., *Tratado de Derecho Penal*, Parte General, Ediar, 1983.

ZAFFARONI, EUGENIO R., ALAGIA, ALEJANDRO, SLOKAR, ALEJANDRO, *Derecho Penal*, Parte General, Ediar, Bs. As., 2000.

ZAFFARONI, EUGENIO R., “El máximo de la pena de prisión en el derecho vigente”, publicado en *Estudios de derecho penal, procesal penal, derechos humanos y criminología*, Libro homenaje a la Dra. Hilda Marchiori, p. 345 y sgts., Lerner, Córdoba, 2010.

Imprescriptibilidad de los delitos contra la administración pública

Imprescriptibility of crimes against public administration

POR: JOSÉ IGNACIO G. PAZOS CROCITTO*

RESUMEN: El presente artículo examina una jurisprudencia incipiente que ha entendido como imprescriptibles a los delitos de corrupción. Para dar por tierra con esta perspectiva, se examinan los alcances del plazo razonable para el juzgamiento de los delitos en que se vean involucrados funcionarios públicos, como, asimismo, la norma emanante del art. 36 C.N.

PALABRAS CLAVE: Corrupción. Prescripción. Plazo razonable. Art. 36 Constitución Nacional. Funcionarios Públicos.

ABSTRACT: *This article examines an incipient jurisprudence that has understood corruption crimes as imprescriptible. To put an end to this perspective, the scope of the reasonable period for the trial of crimes in which public officials are involved is examined, as well as the norm emanating from art. 36 C.N.*

KEYWORDS: *Corruption. Expiration. Reasonable term. Clause 36 National Constitution. Public workers.*

1. Introducción

Liminarmente debemos indicar que no existe un derecho a que se “prescriba una causa”. En ninguna parte de la Constitución Nacional se fija un límite a la vigencia temporal de la acción estatal que nace a partir de la comisión de un delito.

Tampoco lo hacen los instrumentos internacionales con jerarquía constitucional. El sistema de garantías está orientado a evitar que, en la procura de sancionar la comisión de un ilícito, se condene a una persona inocente, incluso asumiéndose la posibilidad de que algún culpable evite el castigo. La presunción de inocencia -derivación del debido proceso- obliga a dar trato de inocente a una persona hasta tanto una sentencia firme -dictada por jueces imparciales e independientes- la desplace. La necesidad de que la parte acusadora revierta esa presunción obedece al mismo principio.

Todas las facultades defensivas se orientan a cuestionar y contraexaminar los hechos, la prueba, la calificación legal y la eventual fijación de una pena (así como también a una revisión amplia de lo decidido que pueda aventar el error de juzgamiento)

Que los procesos no puedan prolongarse indefinidamente y que una vez resuelto el caso no haya un renovado impulso para obtener una posible condena, son seguridades orientadas también para seguridad de los justiciables.

El amplio arco del sistema de garantías en materia penal (v.g. afectación de la integridad, requisas arbitrarias, *et caetera*) no abarca que la acción penal deba tener un límite temporal.

Más aun, la Constitución Nacional establece la imprescriptibilidad de ciertos delitos (v.g. la usurpación de funciones previstas en la Constitución en virtud de actos de fuerza) y el derecho de gentes ha declarado a otros imprescriptibles)

* Posdoctorado (Universidad Nacional de Córdoba). Doctor en Ciencias Jurídicas (Universidad Nacional de La Plata). Magister en Políticas y Estrategias (Universidad Nacional del Sur). Defensor ante el Tribunal Oral Federal de Bahía Blanca. Profesor Titular de la cátedra de Derecho Penal II, Profesor Adjunto de la cátedra de Derecho Penal I, Profesor a cargo de la cátedra libre de Política Criminal y Punitivismo (UNS). Docente de posgrado UNS, UNLZ, UKennedy, UBA, UC. Defensor de Cámara ante el Tribunal Oral Federal de Bahía Blanca. Correo electrónico: jose.pazoscrocitto@uns.edu.ar

En breve: nada impide que todo el catálogo de delitos del Código Penal sea imprescriptible, que no exista el instituto de la prescripción de la acción penal, sin distinciones.

Que ello sea inconveniente, que haya razones para evitarlo, es un tema sobre el que se sobrevolará más adelante. Ahora bien, estas razones, también han llevado a algún sector a postular que hay buenas razones para perseguir ciertos delitos sin un límite temporal, por ejemplo, los delitos relacionados con la corrupción pública, ello más allá de las previsiones en materia de suspensión del curso de la prescripción que se encuentran establecidos para los supuestos de delitos en el ejercicio de la función pública (art. 67.2° párr. C.P.)

Esto no implica sostener un conflicto entre impunidad, derecho de defensa y el resto de las garantías en materia penal. El conflicto se encuentra en los límites de la vigencia de la acción penal y lo relativo a la prescripción de la pretensión estatal que, como dijimos, no tiene rango de derecho o garantía constitucional ni basado en instrumentos internacionales de Derechos Humanos.

Lo que sí es cierto es el vínculo entre los plazos de prescripción y el derecho a ser juzgado en un plazo razonable (“Kipperband”, Fallos 322:360), pero el mero paso del tiempo no basta para tener por violado el derecho, hay matices, correspondiendo analizar la complejidad del caso, la actividad procesal del interesado, la conducta de las autoridades judiciales (Corte IDH “Suárez Rosero”, párr. 72; CFCP Sala IV, “Monteta Raúl s/ rec. casación”, reg. 246/15, 5/3/2015)

En parigual, en el caso de los delitos de corrupción no se halla una justificación que nos permita concluir que tales conductas puedan quedar exentas de pena, no obstante ello, son claras las exigencias derivadas del debido proceso que impone nuestro ordenamiento jurídico para tramitar toda acusación. Esto así, pues en el análisis de esta problemática resulta imprescindible diferenciar e identificar los derechos y garantías que entran en pugna a la hora de canalizar la demanda social de que se castigue a las personas que se benefician indebidamente de las arcas del Estado mediante actos de corrupción.

Es por esta vena que el instituto de la prescripción en materia de delitos relacionados con funcionarios públicos y que afectan las arcas del Estado pone de resalto la colisión de los compromisos asumidos por el Estado nacional en materia de corrupción y algunas cuestiones propias de todo proceso penal, tales como si resulta aplicable o no el instituto de la prescripción a estos delitos, pues, en alguna medida, sería posible que el acusado eluda la pena por el mero transcurso del tiempo, independientemente de que se haya podido corroborar o no la materialidad de la acción disvaliosa.

2. El delito de corrupción frente a la normativa convencional

No es este el lugar para efectuar un examen exegético de los delitos contemplados en los Capítulos VI, VII, VIII, IX y IX bis del Título XI del Libro Segundo de nuestro digesto punitivo sustancial. En lo que sigue, sólo examinamos los alcances de los documentos convencionales relativos a este plano, especialmente vinculado con la prescripción de la acción penal para los delitos de que se trata.

Hay una serie de instrumentos internacionales que orientan la actividad del Estado (entre ellos los tribunales) en el sentido de atender especialmente al fenómeno de la corrupción pública, bregando por la sanción de estos hechos cuando corresponda.

En este sentido, está la Convención Interamericana contra la Corrupción (ley 24.759)¹, la Convención contra el Cohecho de los Funcionarios Públicos en el Marco de las

¹ En adelante, CICC, ratificada por Ley N° 24.759, publicada el 17 de enero de 1997, con entrada en vigor a mediados de ese mismo año.

Transacciones Económicas Internacionales (ley 25.319) y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (ley 26.097)².

Se puede observar que, tanto la CCIC como la CNUCC, incluyen entre sus propósitos la promoción por parte de los Estados Partes de medidas necesarias para combatir eficaz y eficientemente la corrupción y sancionar tanto los actos de corrupción realizados en el ejercicio de las funciones públicas como de los actos de corrupción específicamente mencionados.

Así, en el art. II.1 de la CICC se expresa que los Estados Parte deben "...promover y fortalecer el desarrollo (...) de los mecanismos necesarios para prevenir, detectar, sancionar y erradicar la corrupción." y en el art. 1.a. de la CNUCC se establece como finalidad la de "...promover y fortalecer las medidas para prevenir y combatir eficaz y eficientemente la corrupción."

Complementariamente, el art. VI.1 de la CCIC al referirse a "Actos de corrupción" expresa que la presente Convención es aplicable a los siguientes actos de corrupción:

a. 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;

b. 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;

c. La realización por parte de un funcionario público o una persona que ejerza funciones públicas de cualquier acto u omisión en el ejercicio de sus funciones, con el fin de obtener ilícitamente beneficios para sí mismo o para un tercero;

d. El aprovechamiento doloso u ocultación de bienes provenientes de cualesquiera de los actos a los que se refiere el presente artículo; y

e. La participación como autor, coautor, instigador, cómplice, encubridor o en cualquier otra forma en la comisión, tentativa de comisión, asociación o confabulación para la comisión de cualquiera de los actos a los que se refiere el presente artículo."

En lo relativo a los plazos de prescripción de la acción que nace por estos delitos, el art. 29 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción dice que debe establecerse un plazo amplio de prescripción, y la Convención contra el Soborno Transnacional en su art. 6 dispone que debe establecerse un plazo adecuado para la investigación y enjuiciamiento. La Convención Interamericana contra la Corrupción no tiene normas específicas.

Como vemos, de la simple lectura de los instrumentos internacionales ratificados por nuestro país no se puede concluir sin más que los delitos de corrupción no resultan alcanzados por el instituto de la prescripción liberatoria, ya que los referidos tratados internacionales no brindan ninguna precisión al respecto.

Ahora bien, en lo que interesa, la C.S.J.N. en "Avocación Schiffrin, Leopoldo y Frondizi, Román, Sumario Administrativo 359/03", res. 2013/04 del 23/11/2004, dijo: "...establecer limitaciones que excedan lo rigurosamente exigible en materia de garantías del proceso administrativo causaría perjuicio a los compromisos internacionalmente asumidos por el Estado argentino al aprobar, por ley 24.759, la Convención Interamericana

² En adelante, CNUCC, ratificada por Ley N° 26.097, publicada el 9 de junio de 2006.

contra la Corrupción, uno de cuyos propósitos iniciales es ‘promover y fortalecer el desarrollo por cada uno de los Estados Partes, de los mecanismos necesarios para prevenir, detectar, sancionar y erradicar la corrupción’ (art. 2º, ap. 1).”;

ha restado claro que la aplicabilidad de la normativa convencional es de recibo para el tribunal cimero nacional, y que existe un compromiso relativo a prevenir, detectar, sancionar y erradicar la corrupción, pero de ello no se sigue la imprescriptibilidad de estas conductas.

3. Un paso jurisprudencial complejo: la imprescriptibilidad de los delitos de corrupción

Con fecha 29/08/2018, la Sala IV de la Cámara Federal de Casación Penal, en la causa CFP 12099/1998/TO1/12/CFC8, caratulada “COSSIO, Ricardo Juan Alfredo y otros s/ recurso de casación” los jueces HORNOS y GEMIGNANI, partieron de una particularísima interpretación de la prescripción de los delitos de corrupción, indicando que nuestra Carta Magna vincula el 36.3º y el 36.5º pues, al sostener el segundo aparte que ante un: “...grave delito doloso contra el Estado que conlleve enriquecimiento...”, de esta regla y la voz “asimismo”, los magistrados entendieron que se seguía la imprescriptibilidad de las conductas de corrupción al enlazar con el primero aparte de mentas.

Este argumento no era original, ya había sido explorado por el juez Leopoldo SCHIFFRIN, como integrante de la Cám. Fed. La Plata, Sala II, en autos “M.D.M. y otros s/ 296 en función del 292, 172, 54 y 55 CP”, FLP 3290/2005/CA1, rta. 6 de octubre 2016. También había sido insinuado por GIL DOMÍNGUEZ y GHERSI; el primero, explicaba que había países sudamericanos como Ecuador, Venezuela y Bolivia, cuyas constituciones han declarado la imprescriptibilidad de los delitos de corrupción³; el segundo expresaba que “(L)a vulneración de las personas como seres humanos ha llevado específicamente a la internacionalización y globalización de los Derechos Humanos y los delitos de Lesa Humanidad, de los que ya nadie discute. Sostenemos y queremos fundar que también el primero de los aspectos —patrimonial— es un derecho humano esencial colectivo y que su violación constituye un delito de lesa humanidad y por ende no existe la cosa juzgada y es imprescriptible (...) Efectivamente se trata de delitos de corrupción que constituyen traición a la patria por afectación de bienes públicos, abuso de función y daños a los intereses colectivos, por lo cual resulta también imprescriptibles.”⁴; los trabajos doctrinarios expresan opiniones relativas a cómo entienden que ha de regularse la materia, por el contrario el precedente, que después impactaría en el fallo examinado, pretende extraer la construcción de la normativa interna.

El argumento parte, acertadamente, de indicar que el art. 36 C.N., consagra tres tipos de los denominados “delitos constitucionales” junto con los establecidos en los artículos 15, 22, 29, y 119 de la Ley Fundamental⁵.

³ GIL DOMÍNGUEZ, Andrés; *Imprescriptibilidad de los delitos de corrupción*, La Ley, Buenos Aires, 15/12/2015, 15/12/2015, 1.

⁴ GHERSI, Carlos A.; *Corrupción. Delito de Lesa Humanidad e Imprescriptibilidad*, La Ley, Buenos Aires, 15/04/2010, 2010-B, 1210.

⁵ BIDART CAMPOS, Germán; *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, T. II A, Ediar, Buenos Aires, 2003, pp. 193-194. El autor señala que: “...los delitos constitucionales son los siguientes: a) para no burlar la supremacía de la constitución, el congreso tiene obligación de adjudicar la pena; b) cuando lo hace – sea en el código penal, sea en la ley especial- no puede alterar ni modificar el tipo penal descrito en las normas de la constitución; c) la omisión del congreso en establecer la pena es inconstitucional; d) pese a tal inconstitucionalidad, si no hay ley que fije la pena, quien comete el delito no puede ser condenado, en virtud

La tercera conducta prevista en el artículo mencionado, es la de quien se enriquece mediante la comisión de un grave delito doloso en perjuicio del Estado.

Ahora bien, para arribar a la imprescriptibilidad de esta conducta, los magistrados realizan un extraño diseño que podemos sistematizar de la siguiente manera: a) del 5° párrafo del artículo 36 de la Constitución Nacional surge que quien comete un grave delito doloso contra el Estado que haya conllevado enriquecimiento atenta contra el sistema democrático⁶; b) el adjetivo “grave” utilizado por el constituyente no es casual, sino que refiere a que solamente son atentados contra la democracia aquellas maniobras delictivas que por su complejidad, su daño o extensión puedan socavar las instituciones o los valores de la democracia⁷; c) para el primer supuesto delictivo previsto por el art. 36 C.N., se establece que sus autores serán pasibles de la sanción prevista en el art. 29, inhabilitados a perpetuidad para ocupar cargos públicos y excluidos de los beneficios del indulto y la conmutación de penas; d) las mismas sanciones se establecen de manera puntual para quienes cometan el segundo supuesto mencionado; y agrega que las *acciones respectivas serán imprescriptibles*; e) entonces, los jueces, extraen de la voz “asimismo”, que los graves hechos de corrupción cometidos contra el Estado que conllevan enriquecimiento atentan contra el “sistema democrático” del mismo modo en que en lo hacen los otros dos supuestos; f) y aquí, se produce el pasaje silogístico inviable, sostienen que, al no haberse establecido constitucionalmente diferencias sobre estos tópicos, es que necesariamente este supuesto debe tener las mismas consecuencias jurídicas que impiden la prescripción, el indulto y la conmutación de penas.

Terminado este diseño, el tribunal echa mano de la fuerza retórica de un discurso securitario: “...no podemos incurrir en una percepción ingenua ni en una mirada sesgada de la real dimensión que tienen los graves hechos de corrupción cometidos contra el Estado, considerando que, y especialmente en las naciones en vías de desarrollo, la institucionalidad y el Estado de Derecho se encuentran en crisis por la gravedad de esos actos que se llevan a cabo tanto en el sistema político como en el sector privado (...) (N)o puede desconocerse la trascendencia institucional de las investigaciones judiciales que versan directamente sobre la presunta comisión de las maniobras delictivas que forman parte de una cla-

del principio rector del art. 18; e) por haber sido establecidos por el poder constituyente, estos delitos no admiten ser objeto de amnistía ni de indulto por parte de los órganos del poder constituido.”

⁶ Existe en la circunscripción a los delitos graves, una referencia elíptica a la no perseguibilidad de conductas de este tipo, que se den al amparo de la insignificancia o infracción bagatelar, consagrando por esta vena el apotegma que reza *minima non cura praetor*. No podemos extendernos sobre esta cuestión aquí.

⁷ En la mentada causa CFP 12099/1998/TO1/12/CFC8, “Cossio, Ricardo Juan Alfredo y otros s/ recurso de casación”, reg. 1075/18 del 29 de agosto de 2018, se dijo sobre esto: “... el adjetivo “grave” utilizado por el constituyente no es casual, sino que refiere a que solamente son atentados contra la democracia aquellas maniobras delictivas que por su complejidad, su daño o extensión puedan socavar las instituciones o los valores de la democracia. (...)

Desde una interpretación gramatical del texto constitucional cobra especial relevancia el término “asimismo” escogido por la Convención Constituyente. Cuando la Constitución señala que “asimismo atentará contra el sistema democrático quien incurriere en grave delito doloso contra el Estado que conlleve enriquecimiento” refiere que los graves hechos de corrupción cometidos contra el Estado que conllevan enriquecimiento atentan contra el “sistema democrático” del mismo modo en que en lo hacen los otros dos supuestos. Por ello, al ser un atentado contra la democracia, y al no haberse establecido constitucionalmente diferencias sobre estos tópicos, es que necesariamente este supuesto debe tener las mismas consecuencias jurídicas que impiden la prescripción, el indulto y la conmutación de penas.

Entonces, la elección del término “asimismo” no es superflua o producto de una casualidad o un juego de palabras. Con ese término la Constitución reconoce la realidad de este tiempo en el que la corrupción atenta contra la República y sus instituciones (Art. 36, quinto párrafo C.N.); como en el siglo pasado fueron considerados los golpes de Estado (Art. 36, primer y tercer párrafo, de la C.N.) y en el anterior la adjudicación de la suma del poder público (Art. 29 de la C.N.)”

se gravísima, cuyas consecuencias producen efectos insidiosos que trascienden a la sociedad en su conjunto... (E)ste tipo de delitos además de socavar los cimientos mismos del Estado de Derecho, afectan seriamente su orden económico y financiero. Y, como contracara, surge la necesidad de un trato penal más riguroso o con menos concesiones de alternativas no punitivas, tal como lo ordena la Constitución Nacional.”

No escapa a los jueces que emitieron este voto, que, en rigor, su aserto es meramente axiológico, y así lo reconocen: “...desde una perspectiva axiológica del Derecho, resulta fundamental la ponderación adecuada de la dimensión axiológica; que observa como valores esenciales del sistema jurídico argentino la justicia y la paz en libertad de acuerdo al preámbulo de la Constitución Nacional.”

Volveremos sobre el análisis de estos fallos con una reconstrucción propia.

4. Primera consecuencia de este curso decisorio: el plazo irrazonable de duración del proceso

En la práctica, de seguirse esta intelección, un proceso penal podría prolongarse indefinidamente por el mero hecho de tratarse de una investigación relativa a un delito de corrupción, lo cual entraría en pugna con otro derecho también reconocido por la Constitución Nacional y que es el derecho de todo acusado a obtener un pronunciamiento dentro de un plazo razonable.

El plazo razonable no es determinable con precisión en días, meses o años, pues la duración del proceso difiere en crímenes de complejidad respecto de crímenes comunes. La duración del proceso depende en gran medida de diversas circunstancias propias de cada caso (C.S.J.N. “*Menem, Carlos Saúl c/ Solanas*” (2003); “*Pastor de Bonafini, Hebe*” (2003); “*Egea, Miguel Ángel*” (Fallos: 327:4815, 2004); “*Mozzatti*” (Fallos: 300:1102) y “*Mattei*” (Fallos: 272:188), entre otros, relacionados con la *progresividad* y *preclusión*⁸ como derechos a un juicio rápido.

Existen diversos factores que no pueden valorarse de manera aislada: a) duración del retraso, b) razones de la demora, c) perjuicio concreto que al imputado le ha irrogado la demora.

El derecho del imputado a que se ponga fin a la situación de indefinición que supone el enjuiciamiento penal puede hallar tutela en la prescripción de la acción penal. Si la duración de un proceso, vulnera garantías de raigambre constitucional, la decisión que rechaza la extinción de la acción debe ser revisada en instancia extraordinaria con el objeto de sortear interpretaciones que, al amparo de supuestas cuestiones del derecho común, se esquite la intervención de la Corte vulnerando derechos federales.

Por esta vena se ha entendido que, entre la garantía a un *juicio rápido* y la *prescripción*, existen varias diferencias, no hay una vinculación necesaria. Por ello para garantizar

⁸ Explorar la noción de preclusión y su vínculo con el derecho del imputado a ser juzgado en un plazo razonable o bien con el derecho del imputado a no ser sometido nuevamente a un proceso que ya ha debido sufrir anteriormente, excede esta propuesta. Esto fue explorado con particular fuerza en “*Mattei*” y ya había sido examinado por PETRACCHI y BOSSERT en “*Alvarado*”, donde se estableció que los principios de preclusión y progresividad eran consecuencia del principio que veda el *bis in idem* (fue más allá de los extremos civiles que reducían estos principios a lo temporal y puntualmente, a obtener una sentencia en un tiempo breve). El principio de preclusión tiene como primer fundamento *afianzar la seguridad jurídica* y *lograr una administración de justicia rápida* dentro del plazo razonable.

La reiteración de cuestiones precluidas con el fin de anular la absolución del imputado constituye una *violación al derecho de defensa en juicio* y el *debido proceso* consagrados en el art. 18 C.N. y el art. 8.1 CADH. Y en “*Béliz*” C.S.J.N. 471/2012 (2015) se expidió con creces sobre el tema.

a aquel, en ocasiones se ha recurrido a una categoría diferente: *la insubsistencia* de todo lo actuado, esto especialmente se declaró en “*Mozzatti*” y su progenie.

En paralelo, la CIDH, en el caso “*Genie Lacayo*” (Sentencia de 29 de enero de 1997) entendió que, el plazo razonable es de difícil definición, y que para su determinación deben tomarse en cuenta tres elementos:

1. Complejidad del asunto.
2. Actividad procesal del interesado.
3. Conducta de las autoridades judiciales.

Agregó que debe efectuarse un *análisis global del procedimiento*.

En “*Santander, Moira y otros s/ robo calificado*” (Fallos 331:2319, 28/10/2008), la C.S.J.N. retornó a especular en torno a que no resulta claro el vínculo entre *plazo razonable* y *prescripción*. La Corte entendió que se ha violado el tiempo con que cuenta el Estado para juzgar a un imputado, sin embargo, persiste el interrogante en torno a cuál es entonces la necesidad de remitir la causa a la instancia para que verifique que se dan los supuestos de la prescripción de la acción, que fue lo que acaeció en el caso. De qué sirve a los jueces de instancia tramitar un informe de reincidencia que les anoticie que el encausado cometió un delito en el período intermedio, si igualmente correspondería declarar la *insubsistencia de la acción*. En “*Egea*” la Corte obvió este trámite y declaró derechamente la violación a ser juzgado en un plazo razonable.

No resulta claro el vínculo entre *derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas* y *prescripción*. A lo dicho en el punto anterior se suma la siguiente duda ¿puede una acción no estar prescripta, pero violar el derecho al juzgamiento en un plazo razonable? PASTOR ha señalado que los precedentes de la Corte aplican analógicamente la prescripción al otro supuesto. Dicho de otro modo, para hacer efectivo el derecho al juzgamiento sin dilaciones indebidas, se aplica analógicamente la prescripción de la acción “aun cuando existan actos interruptivos”. De donde, los indicadores de interrupción de la prescripción del art. 59 C.P. deberían tenerse como *indicativos* y no como “obligatorios”, ya que resultaría asistemático que por un lado se negara la declaración de prescripción por existir actos interruptivos y al mismo tiempo se sobreyera por violación al derecho a ser juzgado en un plazo razonable⁹.

La *subsistencia de la acción* no está atada sólo a la etapa de sumario o de juicio. Es válido declarar la violación del plazo razonable aun cuando se tenga por acreditada la autoría y responsabilidad penal del autor y sólo restara adecuar la pena a imponer. Similar al precedente “*Barra*” (Fallos: 327:327)¹⁰.

En “*Scheller*” (Competencia N° 1097.XLIII, Fallos 330:4396, 11/10/2007), la C.S.J.N. estableció una relación entre: a) el derecho de acceso a la justicia, y b) el derecho a ser juzgado en un plazo razonable¹¹. La interacción entre ambos derechos fue destacada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el *Informe 39/98 (“Héctor Hugo Boleto, caso 11.774)*: “El derecho a un proceso dentro de un plazo razonable que prevé la CADH se fundamenta, entre otras razones, en la necesidad de evitar dilaciones indebidas

⁹ PASTOR, Daniel; *Prescripción de la persecución y Código Procesal Penal*, Del Puerto, Buenos Aires, 1993, pp. 25-52.

¹⁰ PITLEVNIK, Leonardo; *El caso “Santander”. Robo con armas, ley penal más benigna y plazo razonable*, en Pitlevnik, Leonardo (Dir.), *Jurisprudencia Penal de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, vol. 6, Hammurabi, Buenos Aires, 2009, p. 143.

¹¹ FOLGUEIRO, Hernán; *La denegación y el retardo de justicia en la jurisprudencia de la Corte Suprema*, en Pitlevnik, Leonardo (Dir.), *Jurisprudencia Penal de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, vol. 7, Hammurabi, Buenos Aires, 2009, p. 187.

que se traduzcan en una privación y denegación de justicia de personas que invocan la violación de derechos protegidos por la referida Convención”.

Asimismo, en “*Richards, Juan Miguel*” (R. 1008. XLIII, 31/08/2010), se ratificó la operatividad de la *garantía del plazo razonable en el que debe desarrollarse el juicio*, continuándose con la doctrina fijada en “*Mattei*”. Pero se continuó sin fijar pautas claras para discernir cuál es la medida concreta del “plazo razonable”, consagrándose lo que PASTOR ha llamado *la doctrina del “no plazo”*¹². Se consideró violada la garantía del plazo razonable, pero, en el punto a señalar cuándo se hizo efectiva esa violación, sólo se señaló de manera genérica los tiempos de duración de la instrucción penal preliminar (art. 207 C.P.P.N., artículo que dice que esta debe llevarse a cabo en seis meses).

Por otra parte, advertida la vulneración de la garantía, la Corte dispuso el reenvío de las actuaciones ante el tribunal *a quo* para que pronunciara una nueva decisión sujeta a derecho. Acertadamente la Corte entendió que la vulneración de la garantía no podía ampararse en la excusa extendida de la jurisprudencia y la doctrina que describen a los plazos del procedimiento como “meramente ordenatorios”. Pero no descartó que “razones extraordinarias” sí justificarían un proceso instructorio extendido más allá del plazo; aunque aclaró que este no era el caso.

Además, si bien dejó sentado cuál era el concreto alcance temporal de su aplicación (i.e. 6 meses), no aclaró en qué momento el desarrollo en el tiempo del proceso había dejado de ser razonable. Sólo señaló que 12 años era un plazo irrazonable, pero no señaló en qué momento comenzó tal irrazonabilidad (i.e. se volvió a consagrar la doctrina del “no plazo”).

Avanzando más, la Corte dejó sentado que, aun en la hipótesis en que fuera imperioso practicar otras diligencias probatorias, no podía sobreponerse a la operatividad de los plazos judiciales reglamentados en el Código Procesal vigente. En un gesto que merece ponderarse, desautorizó uno de los fundamentos sacralizados por la jurisprudencia nacional en la materia: la famosa “complejidad del caso”, pues, estableció que siquiera una evidente necesidad de profundizar la pesquisa podía servir de pretexto para contrarrestar los efectos precisos de la ley de procedimientos (los otros dos pilares no fueron sondeados: a) la conducta procesal del acusado, y b) la actuación de la jurisdicción)¹³.

Esto consagra el punto de que nunca una omisión del aparato judicial podría ser entendida en desmedro del imputado, en tanto noción más básica de nuestro Derecho penal liberal¹⁴.

Como paso atrás en la doctrina de la Corte se percibe el ordenar la devolución de la causa al tribunal inferior, al tiempo que denunciaba una evidente violación al derecho del imputado para que su situación judicial fuera resuelta en un tiempo razonable.

Esto último es aún más grave si se tiene en cuenta que la Corte tiene sentada en otros antiguos precedentes, el declarar la prescripción de la acción penal del delito investigado con prescindencia incluso del trámite incidental. Para ello se ha argumentado que, de lo contrario, la dilación para definir el caso agravaría todavía más la afrenta a la garantía

¹² PASTOR, Daniel; *El plazo razonable en el proceso del estado de derecho*, ed. Ad-hoc, año 2002, p. 342.

¹³ SCHABAS MADUEÑO, Juan; *Algunas “dificultades” en la materialización de la garantía a un proceso penal sin dilaciones indebidas*, en Pitlevnik, Leonardo (Dir.), *Jurisprudencia Penal de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, vol. 11, Hammurabi, Buenos Aires, 2011, p. 123.

¹⁴ ECCLESHALL, Robert; *Liberalismo*, en “*Ideologías Políticas*”, trad. Julia Moreno San Martín, Tecnos, Madrid, 1993, p. 56.

del plazo razonable (Fallos 300:1102 -1978-; 329:445 -2006-; 331:2319 -2008-; 333:1639 -2010-).

Máxime que en el fallo que nos ocupa, la Corte puntualizó que la violación a la garantía del plazo razonable había derivado de los problemas que la propia administración de justicia había generado en la investigación.

Más aun, en el fallo, se hizo remisión a lo resuelto en los precedentes “*Barra*” (Fallos 327:327 -2004-); y “*Santángelo*” (S.2491.XLI, 8/5/2007). En los que a su vez hay un reenvío por su identidad sustancial, con los votos de los ministros Petracchi y Boggiano en “*Kipperband*” (Fallos 322:360 -1999-), allí, los disidentes reclamaron que: “se declarara extinguida por prescripción la acción penal” del delito investigado y no la devolución del expediente al tribunal de grado.

Nuevamente en “*Mezzadra*” (Fallos 334:1302, 8/11/2011) M. 1181. XLIV, la C.S.J.N. se expidió sobre la garantía del plazo razonable y su vinculación con el vicio de denegación de justicia. Allí se entendió que la duración del proceso por más de dos décadas ha violado ostensiblemente las garantías del plazo razonable y del derecho de defensa de Mezzadra, lo que ponía de manifiesto que la demandada había incurrido en un incumplimiento o *ejecución irregular del servicio de administración de justicia* a su cargo, cuyas consecuencias debían ser reparadas. Es interesante en este fallo advertir, como cuestión marginal, que el reproche al Estado no se halla en el ámbito de la “teoría del error judicial”¹⁵, sino en la más amplia *responsabilidad pública extracontractual*, la abstracta capacidad de análisis de la administración de justicia se limitó a contabilizar cuantitativamente, con el *tiempo* como factor predominante, el costo afrontado por el actor durante su encierro y su sometimiento al proceso¹⁶.

¹⁵ GUAL, Ramiro y PACILIO, Sebastián Antonio; *Prisión preventiva y responsabilidad estatal: “el normal trámite de las causas” (o cuando los jueces no esconden que la regla es la excepción)*, en Pitlevnik, Leonardo; Jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, vol. 15, Hammurabi, Buenos Aires, 2013, p. 303.

¹⁶ La Corte ha negado la responsabilidad del Estado por la actuación lícita de los órganos judiciales, argumentando que la función jurisdiccional es *por naturaleza*, ajena al resarcimiento. “Los daños que puedan resultar del procedimiento empleado para resolver la contienda, si no son producto del ejercicio irregular del servicio, deben ser soportados por los particulares, pues son el costo inevitable de una adecuada administración de justicia” (Fallos 318:1990 y 317:1233).

Así, sólo serían reprochables al Estado los *errores* de la administración de justicia penal; una decisión jurisdiccional cuestionada, declarada ilegítima y dejada sin efecto: “...pues antes de ese momento el carácter de verdad legal que ostenta la sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, impide en tanto se mantenga, juzgar que hay error. Lo contrario importaría un atentado contra el orden social y la seguridad jurídica, pues la acción de daños y perjuicios constituiría un recurso contra el pronunciamiento firme, no previsto ni admitido por la ley” (Fallos 317:1233).

La Corte ha aplicado esta teoría del error judicial, negando la responsabilidad estatal por actos judiciales “lícitos”. Como principio, la prisión cautelar continuada de absolución no genera *per se* el derecho a un resarcimiento. Por el contrario, sólo es reprochable al Estado la sanción del auto de detención provisoria como un acto *incuestionablemente infundado y arbitrario* (C.S.J.N. “Balda” -Fallos 318:1990-, “Rosa” -Fallos 322:2683-, “Robles” -Fallos 325:1855-, “Lema” -Fallos 326:820-, “Cura” -Fallos 327:4656-, “Muñoz Fernandez” -Fallos 328:2780-, “Gerbaudo” -Fallos 328:4175- y “Pouler” -Fallos 330:2112-).

En “Balda”, “Robles”, “Lema”, “Cura” y “Gerbaudo” se entendió que la actuación viciada de las fuerzas de seguridad *nubló la vista* de los operadores judiciales, se aplicó la teoría del “error judicial”, y se construyó la contradictoria declaración de invalidez del acto originario del procedimiento policial, pero se mantuvo la legitimidad de algunos efectos, por caso, la prisión preventiva.

En *Mezzadra*, por esta vena, se distinguió:

- a. El *error judicial* por la *prisión preventiva*.
- b. La *falta de servicio* por la *duración del proceso*.

La responsabilidad del Estado se construyó sobre la base de esta última.

El derecho humano a un procedimiento judicial gobernado por el *principio de celeridad, sin dilaciones indebidas*, está íntimamente vinculado con el concepto de *denegación de justicia* que, como lo ha destacado esta Corte, se configura no sólo cuando a las personas se les impide acudir al órgano judicial para la tutela de sus derechos —derecho a la jurisdicción— sino también cuando la postergación del trámite del proceso se debe, esencialmente, a la conducta irregular del órgano judicial en la conducción de la causa, que impide el dictado de la sentencia definitiva en tiempo útil (Fallos: 244:34; 261:166; 264:192; 300:152; 305:504; 308:694; 314:1757; 315:1553 y 2173; 316:35 y 324:1944).

Corresponde, pues, delimitar conceptualmente cuándo puede entenderse que existe *dilación indebida en el trámite de un proceso, que trasciende en un caso de denegación de justicia*. Ello como paso preliminar y necesario al examen de la eventual responsabilidad estatal por el actuar de sus órganos de justicia.

En ese orden de ideas, el Tribunal Europeo para los Derechos del Hombre, al establecer el alcance del concepto de “plazo razonable” contenido en el artículo 6.1 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (norma que es similar al artículo 8º, inc. 1, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), señaló primeramente para los procesos penales (asuntos 1936/63 “*Neumeister v. Austria*”, Sentencia de 27 de junio de 1968 y 2614/65 “*Ringeisen*” Sentencia de 16 de julio de 1971) y, posteriormente, para los procedimientos ante las jurisdicciones administrativas (caso “*König v. Alemania*”), que el carácter razonable de la duración de un procedimiento debe apreciarse según las circunstancias de cada caso y teniendo en cuenta fundamentalmente “...la complejidad del asunto, el comportamiento del recurrente y la forma en que el asunto haya sido llevado por las autoridades administrativas y judiciales...” (C.E.D.H., *Affaire König*, sentencia del 23 de abril de 1977, serie A, núm. 27, pág. 34; el mismo tribunal europeo ha reiterado el criterio en los precedentes “*Guzzardi*”, “*Buchholz*”, “*Foti y otros*”, “*Corigliano*” —citados todos por el Tribunal Constitucional español en su sentencia n° 36 del 14 de marzo de 1984—; “*Ferrari c/ Italie*” del 28 de julio de 1999 —reg. en “*Revue trimestrielle des droits de l' homme*”, año 2000, p. 531—; y “*Brochu c/ France*”, del 12 de junio de 2001 —“*Dalloz*”, 2002, p. 688—).

La pertinencia de acudir a elementos ponderativos como los indicados u otros posibles (vgr. el margen de duración de procedimientos similares; las consecuencias que se siguen de las presuntas demoras; etc.), viene dada de modo necesario porque el concepto de “*plazo razonable*”, como igualmente el concepto de “*proceso sin dilaciones indebidas*” que aparece, con idéntico sentido normativo, en el artículo 24, ap. 2, de la Constitución española, es manifiestamente un *concepto indeterminado o abierto* que ha de ser dotado de contenido concreto en cada caso atendiendo a criterios objetivos congruentes con su enunciado genérico, tal como lo ha puesto de manifiesto el Tribunal Constitucional español en reiteradas ocasiones (conf. sentencia n° 36 del 14 de marzo de 1984; n° 160 del 4 de octubre de 2004; n° 177 del 18 de octubre de 2004; etc.).

Corresponde traer a colación lo señalado por el Tribunal Constitucional español (*sentencia n° 177/2004*), con pareja proyección para el derecho argentino, en cuanto a que:

El punto se da de patadas con la doctrina de la propia Corte en “*Verbitsky*” (Fallos 328:1146) donde se reconoció (entre otras cosas) a la prisión preventiva como una práctica regular y recurrente de los sistemas penales. En ese fallo se reconoció la utilización exacerbada del encierro cautelar como insostenible, y se exhortó a los poderes del Estado a aunar esfuerzos para poner límites a esa práctica voraz. Pero en “*Mezzadra*” legitimó criterios habilitantes de la prisión preventiva, al desresponsabilizar al Estado por encarcelar personas que, en base a sus propias reglas, fueron inocentes.

- a) El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas requiere para su satisfacción un adecuado equilibrio entre, de un lado, la realización de toda la actividad judicial indispensable para la resolución del caso del que se conoce y para la garantía de los derechos de las partes y, de otro, el tiempo que dicha realización precisa, que habrá de ser el más breve posible.
- b) Junto con la autonomía del derecho fundamental en cuestión, proclamada en una reiterada y conocida doctrina constitucional, se ha destacado también su doble faceta prestacional y reaccional. La primera consiste en el derecho a que los órganos judiciales resuelvan y hagan ejecutar lo resuelto en un plazo razonable, y supone que los jueces y tribunales deben cumplir su función jurisdiccional de garantizar la libertad, la justicia y la seguridad con la rapidez que permita la duración normal de los procesos, evitando dilaciones indebidas que quebranten la efectividad de la tutela. A su vez la faceta reaccional actúa en el marco estricto del proceso y se traduce en el derecho a que se ordene la inmediata conclusión de los procesos en que se incurra en dilaciones indebidas.
- c) En cuanto al alcance objetivo del derecho de que se trata, resulta invocable en toda clase de procesos, si bien en el penal, en el que las dilaciones indebidas pueden constituir una suerte de *poena naturalis*, debe incrementarse el celo del juzgador a la hora de evitar su consumación y, asimismo, en las sucesivas fases e instancias por las que discurre el proceso, incluida la ejecución de sentencias.
- d) Por otra parte, es reiterada doctrina constitucional que el reconocimiento del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas no ha supuesto la constitucionalización del derecho a los plazos procesales establecidos por las leyes. Antes bien, como se dijo, el carácter razonable de la duración de un proceso debe ser apreciado mediante la aplicación a las circunstancias del caso concreto.
- e) Finalmente se requiere que quien reclama por vulneración del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas haya denunciado oportunamente la dilación ante el órgano jurisdiccional y, asimismo, que haya dado a éste un tiempo que razonablemente le permita remediar la dilación. De ahí que sólo en los casos en los que, tras la denuncia del interesado, los órganos judiciales no hayan adoptado las medidas pertinentes para poner fin a la dilación en un plazo prudencial o razonable — entendiéndose por tal aquel que le permita adoptar las medidas necesarias para poner fin a la paralización denunciada— podrá entenderse que la vulneración constitucional invocada no ha sido reparada en la vía judicial ordinaria. Por el contrario, en aquellos casos en los que los órganos judiciales hayan atendido esta queja y, en consecuencia, hayan adoptado las medidas pertinentes para hacer cesar las dilaciones denunciadas dentro de dicho plazo razonable o prudencial, deberá entenderse que la vulneración del derecho a las dilaciones indebidas ha sido reparada en la vía judicial ordinaria sin que el retraso en que haya podido incurrir la tramitación de este proceso tenga ya relevancia constitucional, pues, tal y como se ha señalado, para que pueda apreciarse que dicho retraso es constitutivo de una dilación indebida con relevancia constitucional no es suficiente sólo con que se haya dictado una resolución judicial en un plazo que no sea razonable, sino que es requisito necesario que el recurrente haya dado al órgano judicial la posibilidad de hacer cesar la dilación y que éste haya desatendido la queja, mediando un plazo prudencial entre la denuncia de las dilaciones y la presentación de la demanda.

En “*Venditti s/ incidente recurso extraordinario*” (21/05/2019) CCC 28042/2007/TO1 la C.S.J.N. una vez más coligió que la prerrogativa a un juzgamiento en

un plazo razonable es correlato de la garantía del debido proceso y el principio de inocencia.

En breve: el *derecho del imputado a ser juzgado en plazo razonable no solo es un corolario del derecho de defensa en juicio* (art. 18 de la Constitución Nacional -derivado del "speedy trial" de la enmienda VI de la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica-) y, en definitiva, del *principio de inocencia* plasmado en la Constitución Nacional (art. 18 citado), sino que se encuentra también previsto expresamente en los Tratados Internacionales incorporados a la Constitución Nacional como *parte del debido proceso legal y de la garantía de acceso a justicia*.

Por esta vena el art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional que reconoce con jerarquía constitucional diversos tratados de derechos humanos, obliga a tener en cuenta que el artículo 8.1 CADH, referente a las garantías judiciales, prescribe no sólo el derecho a ser oído sino también el de *ejercer tal derecho con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable*; y, a su vez, el artículo 25 al consagrar la protección judicial, asegura la *tutela judicial efectiva contra cualquier acto que viole derechos fundamentales* reconocidos por la Constitución Nacional, la ley o la Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales. En paralelo el art. XXV DADH, 7y el 14.3 a y c PIDCP, aluden a la exigencia de ser juzgado "dentro de un plazo razonable" o "sin dilaciones indebidas" o injustificadas¹⁷.

De modo coincidente con el criterio expuesto se ha expedido la Corte Europea de Derechos Humanos en diversos precedentes en los que consideró que se había violado el artículo 6.1 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, en cuanto establece que "toda persona tiene derecho a que su causa sea oída, equitativamente, públicamente y dentro de un plazo razonable por un Tribunal independiente e imparcial establecido por la ley...". Para llegar a tal conclusión la Corte Europea evaluó el alcance del retraso judicial en razón de la complejidad de la causa, la conducta del solicitante y de las autoridades competentes (casos: "*Ferrari c/ Italia*" del 28 de julio de 1999 —publicado en "Revue trimestrielle des droits de l'homme", año 2000, pág. 531— y "*Brochu c/ France*" del 12 de junio del 2001 —publicada en "Dalloz", 2002, pág. 688—).

A los fines de establecer la razonabilidad del plazo y los elementos que deben tomarse en cuenta para ello, la Corte IDH ha acudido y hecho suyas las pautas establecidas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH) y así, siguiendo a aquel en el "*Caso Guincho vs. Portugal*", ha señalado que la razonabilidad del plazo se debe apreciar en relación con la duración total del procedimiento -incluyendo los recursos de instancia que pudieran eventualmente presentarse-, hasta que se dicte sentencia definitiva y firme en el asunto, con lo cual se agota la jurisdicción (Corte IDH, Caso Suárez Rose-ro vs. Ecuador, párr. 71; en igual sentido, TEDH, Casos "*Robins v. the United Kingdom*", 23 Sept. 1997, §28; "*Silva Pontes v. Portugal*", 23 Mar. 1994, §36; "*Di Pede v. Italy*", 26 Sept. 1996, §32; "*Zappia v. Italy*", 26 Sept. 1996, §§20-22; "*Bouilly v. France*", 7 Dec. 1999, §§19-23; "*Pinto de Oliveira v. Portugal*", 8 Mar. 2002, §26; "*Mocie v. France*", 8 Apr. 2003, §§21-22).

En lo que aquí respecta, además, ha de destacarse que "el imputado no es responsable de velar por la celeridad de la actuación de las autoridades en el desarrollo del proceso

¹⁷ LÓPEZ ALDUNCIN, María de las Mercedes; *Rebeldía, actividad impugnativa y derecho de defensa material*, en Pitlevnik, Leonardo; *Jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, vol. 29, Hammurabi, Buenos Aires, 2021, pp. 77-78.

penal, ni por la falta de la debida diligencia de las autoridades estatales. No se puede atribuir al imputado en un proceso penal que soporte la carga del retardo en la administración de justicia, lo cual traería como resultado el menoscabo de los derechos que le confiere la ley” (cfr. Corte IDH, Caso “*Albán Cornejo y otros v. Ecuador*”, sentencia del 22 de noviembre de 2007, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 112, y sus citas).

A su vez, y también en línea con la jurisprudencia emanada de aquel Tribunal Europeo en el Caso “*Motta y Ruiz Mateos v. Spain*”, la Corte IDH ha dicho que la razonabilidad del plazo de un proceso debe atender a cuatro elementos: a) la complejidad del asunto; b) la actividad procesal del interesado; c) la conducta de las autoridades judiciales (Caso “*Genie Lacayo vs. Nicaragua*”, párr. 77; Caso “*Masacre de Santo Domingo vs. Colombia*”, párr. 164; Caso “*Kawas Fernández vs. Honduras*”, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 3 de abril de 2009, Serie C, n° 196, párr. 112; Caso “*Bayarri vs. Argentina*”, excepción preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 30 de octubre de 2008, Serie C, n° 187, párr. 107; Caso “*Escué Zapata vs. Colombia*”, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 4 de julio de 2007, Serie C, n° 165, párr. 26 y Caso “*Heliodoro Portugal vs. Panamá*”, párr. 149), y d) la afectación generada por la duración del procedimiento en la situación jurídica de la persona involucrada (Caso “*Valle Jaramillo y otros vs. Colombia*”, párr. 155 y Caso “*Masacre de Santo Domingo vs. Colombia*”, párr. 164).

Llegados a este punto se impone un análisis puntual. PASTOR, ha entendido que la relación entre prescripción y plazo razonable es meramente casual, y no lógica ni jurídica. Identificarlos, trae como consecuencia, la exclusión de quienes se encuentran acusados de *cometer delitos imprescriptibles*, pues no se hallarían cubiertos por la garantía, el proceso podría extenderse por el tiempo que dure su vida¹⁸.

Asimismo, debe señalarse que los organismos internacionales, cuando han verificado la violación del plazo razonable, no tomaron como base la prescripción, sino que crearon parámetros específicos.

Y, además, según el C.P., la prescripción es interrumpida por determinados actos procesales que pueden provocar que las actuaciones alcancen plazos desproporcionados, precisamente en base a las reglas que rigen la prescripción.

Finalmente, cuando la causa se halla prescripta, en realidad, no correspondería siquiera señalar la garantía, pues ya está cumplido el plazo legal. Basta con mencionar este instituto para finiquitar el pleito, pues la prescripción es de orden público (C.S.J.N. Fallos 207:86; 275:241; 297:215; 301:339; 305:1236; 310:2246)

La C.S.J.N., en los votos en disidencia de Fayt y Bossert en “Kipperband”, medianamente una creación pretoriana, *declararon la insubsistencia de la acción penal* como remedio para aplicar la garantía, lo mismo hizo Fayt en “Barra”.

A partir de este esquema puede sostenerse que, para resolver una causa que ha demorado irrazonablemente, hay distintas soluciones:

1. La prescripción (postura de la Corte).
2. La insubsistencia de la acción penal (las disidencias apuntadas).
3. Simplemente, la declaración de extinción de la acción penal por violación al plazo razonable (tesis de Pastor).

En “*Espíndola*” (9/04/2019) Fallos 342:584 la C.S.J.N. dijo lo siguiente, y parece haber abierto la posibilidad de independizar ambos institutos: “el derecho fundamental que asiste a todo acusado a ser juzgado dentro de un plazo razonable, que garantizan la Constitución Nacional y los tratados a ella incorporados (art. 75, inc. 22, de la Constitución Nacional), prevalece frente a las reglas del derecho común -o a la actividad procesal realizada

¹⁸ PASTOR, Daniel; *El plazo razonable en el proceso del estado de derecho*, cit., p. 89.

en aplicación de ellas- que impiden su realización efectiva. En particular, como lo ha desarrollado este Tribunal en esta materia, el *derecho en cuestión es independiente de los plazos generales que el legislador ordinario impone teniendo en mira clases de casos, como lo serían los términos de prescripción de la acción penal*” (el resaltado no se halla en el original).

Este criterio de escisión fue seguido en otra jurisprudencia, sosteniendo que “la extinción de la acción penal no ha sido resuelta con sustento en la prescripción de la acción penal, sino en orden a la invocada violación a la garantía de ser juzgado en un plazo razonable” (Sala II C.F.C.P., “*Rodríguez y otra*”, causa FCB 94190017/2008/TO1/CFC1, 10/3/2020 y Sala IV C.F.C.P., “*Vega, Ángel Hugo s/ rec. casación*”, reg. 1648/19).

5. Segunda consecuencia de este curso decisorio: la lectura constitucional sesgada

La cuestión central estriba en dirimir el sentido que debe otorgársele al quinto párrafo del art. 36 C.N. en tanto dispone “(a)tentará *asimismo* contra el sistema democrático quien incurriere en grave delito doloso contra el Estado que conlleve enriquecimiento, quedando inhabilitado por el tiempo que las leyes determinen para ocupar cargos o empleos públicos...”.

La citada norma ha sido el pilar fundamental de la exégesis propugnada por el voto mayoritario de la Sala IV de la Cámara Federal de Casación en la causa “Cossio”, como, asimismo el de la Cámara Federal de Apelaciones de La Plata en la causa “M.D.M. y otros” ya mencionados.

Sobre este punto entendemos que es fácil observar que jurisprudencialmente se ha diseñado un silogismo a la medida, pero que, partiendo de premisas falsas concluye con soluciones equivocadas.

En los precedentes de mentas, se recalcó el uso de la voz “asimismo”, que, debe decirse, sólo hace referencia al entendimiento que, las conductas de enriquecimiento doloso contra el Estado, han de entenderse como atentatorias contra el sistema democrático; pero de ningún modo como acarreadoras de las consecuencias de los dos párrafos iniciales del art. 36 C.N.

Sin embargo, en los precedentes citados se sostuvo que el vocablo “asimismo”, conector utilizado en el quinto párrafo, al incluir en los delitos constitucionales del artículo bajo examen aquellos dolosos que conllevan enriquecimiento importa también hacer extensiva la previsión de imprescriptibilidad como nota propia de aquellos ilícitos.

Y esto es palmariamente claro si se atiende que, el sistema que construye el art. 36 C.N. es el siguiente, y para ello se atiende al contenido de sus párrafos:

1. (1 párr.) Entendimiento del vicio de nulidad de los actos emitidos al interrumpir el sistema democrático y el orden institucional.
2. (2 párr.) **1° figura delictiva:** los autores de las conductas de prementas son equiparables a los autores del delito contemplado en el art. 29 C.N. Los efectos para estas conductas son los siguientes: a) inhabilitación a perpetuidad para ocupar cargos públicos, b) exclusión de los beneficios del indulto y la conmutación de penas.
3. (3 párr.) Se establece que “*tendrán las mismas sanciones*”, los hacedores de la **2° figura delictiva:** quienes usurparen funciones previstas para las autoridades de esta Constitución o las de las provincias. Y se agrega, a las sanciones previstas para la primera figura delictiva, la imprescriptibilidad de la acción (tanto civil como penal).
4. (4 párr.) Se enuncia el derecho de resistencia ciudadano contra las anteriores figuras delictivas.

5. (5 párr.) Separadamente de aquellas conductas, y de sus sanciones, y obviamente, contra estas conductas tampoco cabe el derecho de resistencia ciudadano, se establece la **3° figura delictiva**: el incurrir en grave delito doloso contra el Estado que conlleve enriquecimiento. Esta conducta se entiende, a partir de la voz “asimismo”, que también es atentatoria contra el sistema democrático, pero su inclusión final, y en atención a que en el 3° párrafo se dice que “tendrán las mismas sanciones” la segunda figura delictiva respecto a la primera figura delictiva, demuestra que las hipótesis son diversas. Además, para este tercer supuesto se deja claro que las consecuencias son diversas y que se precisa de un proceso de conocimiento, que en los otros dos supuestos no pareciera necesario, por ello se reconoce el *derecho de resistencia* que no se avala en el último caso. La sanción específica, que como dijimos, precisa de un proceso de conocimiento, es: la inhabilitación por el tiempo que las leyes determinen para ocupar cargos o empleos públicos.
6. (6 párr.) El último párrafo ordena el dictado de una ley de ética pública, que efectivamente se sancionó (ley. 25.188).

Pero, además, el tribunal incurrió en un grave defecto argumental, al dar la espalda al principio *pro homine* de una forma tan clara y contundente que, ello solo, debió alertar sobre las consecuencias del abordaje que se llevaba adelante: “...esta posición es la que otorga mayor operatividad a los compromisos asumidos por el Estado Argentino en el orden internacional, con especial referencia al Preámbulo de la Convención de Las Naciones Unidas contra la Corrupción.” En breve: se interpreta un tratado internacional en clave de restricción de derechos, y, lo que es más grave, para hacerle decir lo que no dice. El argumento en este punto es prevaricador conforme los alcances que hemos otorgado a esta figura en otra oportunidad.

Debemos, además, dejar claro que da la espalda a la expresa legalidad, pues no atiende a los plazos prescriptivos. Así, la reforma introducida por la ley 25.990 al art. 67 del C.P. estableció, taxativamente, los actos procesales que tienen virtualidad interruptiva del curso de la prescripción, y, con la finalidad de dotar de contenido a la expresión “secuela de juicio” utilizada en el texto de la versión anterior de la norma, expresó claramente a qué actos se refiere en los incisos b al d. En efecto, la disposición legal, prescribe: “La prescripción se interrumpe solamente por” y seguidamente, luego de contemplar el supuesto de “comisión de otro delito” (inc. ‘a’, igual que en la redacción previa), establece un detalle de los actos procesales que revisten dicha aptitud interruptiva (incisos ‘b’ al ‘d’).

Por esta vena, el art. 67, inc. ‘d’ del C.P. (texto según ley 25.990), impone que la prescripción se interrumpe por “el auto de citación a juicio o acto procesal equivalente”. Por un lado, la conjunción disyuntiva “o” sólo asigna carácter interruptivo a uno de los dos actos del proceso, pero no a ambos de modo concurrente. Y por otro, cuando el art. 67, inc. “d” del C.P. (texto según ley 25.990) alude a un “acto procesal equivalente” al auto de citación a juicio como supuesto de interrupción del curso de la prescripción de la acción penal “se refiere a los procedimientos provinciales que no contemplan dicho auto”¹⁹. La equiparación legislativa para el supuesto de que se trata entre Nación y provincias, fue destacada por la C.S.J.N. *in re* “Demaría, Jorge Luis y otros s/causa 14.358”, causa D. 749 XLVIII, rta. el 8 de abril de 2014, cons. 14.

La Convención Interamericana contra la Corrupción como la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, incluyen entre sus propósitos la promoción por parte de los Estados Partes de medidas necesarias para combatir eficaz y eficientemente la

¹⁹ LASCANO (h), Carlos J. Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial, T. II- B, Baigún, David y Zaffaroni, Eugenio R. (Dir.) Hammurabi, Bs. As., 2002, 2° edición, p. 261.

corrupción y sancionar tanto los actos de corrupción realizados en el ejercicio de las funciones públicas como de los actos de corrupción específicamente vinculados (art. II.1 de la convención regional y arts. 1.a. y 60.1.a de la convención universal antes citadas). Pero estos instrumentos no empecen, en modo alguno, a la norma dimanante del art. 67 del C.P., texto según ley 25.990 y los principios hermenéuticos que rigen su interpretación.

Ello en holocausto tanto del principio de legalidad, y su emanación el principio de máxima taxatividad legal interpretativa, al par que el principio *pro homine*.

6. Interludio. La C.S.J.N. y su postura en la temática

En el caso “*NN s/ delito*” (2018) FRO 5100473/2009/1/RH1, la C.S.J.N. examinó un caso en que el *a quo* había declarado la *prescripción de la acción penal* en un delito relativo al ejercicio de la función pública. Para así hacerlo entendió que el término de la prescripción de la acción se hallaba objetivamente cumplido atento el tiempo transcurrido desde el presunto acaecimiento del hecho, sin que se hubiera sometido a proceso a persona alguna.

En segundo lugar, el *a quo* sostuvo que, aun si se pretendía imputar en el proceso a un funcionario público (con la consiguiente suspensión del curso de prescripción previsto en el art. 67.2° párr. C.P.), no podía sostenerse, atento el transcurso del tiempo, que tal funcionario pudiera hacer uso de su influencia a fin de obstaculizar el ejercicio de la acción penal.

Interpuesto recurso fiscal, la C.S.J.N. por remisión a los fundamentos del Procurador, hizo lugar a la queja, declaró procedente el recurso extraordinario y dejó sin efecto la sentencia apelada.

Se entendió que resultaba de aplicación la doctrina sentada en “*Di Nunzio*”, en función del carácter federal del agravio planteado y el arbitrario apartamiento que implicaba el rechazo del recurso de casación interpuesto.

La arbitrariedad se fundó en un doble eje:

- a. Se objetó que la evaluación sobre la posibilidad de que el funcionario público pudiera perjudicar el ejercicio de la acción penal se hubiera hecho para el futuro, en lugar de valorarse si aquella obstaculización -que incluso podría explicar el fracaso de la actividad instructoria- no había tenido lugar en los más de 4 años transcurridos desde formulada la denuncia, con lo cual el caso se enrolaría en los propios fundamentos tenidos en cuenta por la ley 25.188 que incorporó la causal de suspensión de la prescripción del art. 67.2° párr. C.P.
- b. Aquella misma circunstancia de haberse declarado la prescripción de la acción penal sin que existiera imputación formal en la causa contra persona alguna, tornaba injustificada la pretendida afectación a la garantía a ser juzgado en un plazo razonable.

Con apoyo en el fin último del proceso penal y en las obligaciones internacionales asumidas por el Estado en el marco de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción y la Convención Interamericana contra la Corrupción, sostuvo que correspondía abrir la queja de modo de posibilitar el examen del caso en el marco del recurso de casación.

En lo tocante a la causal de suspensión de la prescripción del art. 67.2° párr. C.P., esta debe analizarse en conjunto con el art. 1° de la ley 25.188 que define a la *función pública* y con el art. 77 C.P. que equipara “funcionario público” y “empleado público”, algo similar a lo que hace el art. 3 del decr. 41/99 (Código de Ética de la Función Pública). A su vez, el concepto de *funcionario público* es definido por el art. 2 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (aprobada por ley 26.097).

Finalmente, “función pública” y “funcionario público” son también definidos por el art. 1 de la Convención Interamericana contra la Corrupción (aprobada por ley 24.759).

Frente a esto, como es sabido, existen dos tradicionales tesis administrativistas para definir al funcionario público:

- a. GORDILLO: no existe distingo que hacer entre las nociones de empleado público y funcionario público, pues mientras el segundo decide y el primero ejecutará, en la práctica real, nadie se limita a esas actividades, de modo que la distinción se limita al lenguaje ordinario, sin que quepa otorgarle proyecciones jurídicas²⁰.
- b. MARIENHOFF: sostiene que hay una diferencia conceptual y de proyecciones jurídicas entre ambos términos. El funcionario es con quien hay que entenderse para saber cuál es el criterio o pensamiento de la Administración en determinado asunto, es el que actúa en niveles jerárquicos superiores; en tanto que el empleado está en los niveles de menor jerarquía y trascendencia. Una expresión concreta de la diferencia se halla en el instituto propio de la relación de empleo público que es el período de prueba, en tanto que el empleado se ve sometido a él, el funcionario no podría serlo²¹.

Más allá de la equiparación que efectúa entre ambos el art. 77 C.P., si se pretende cumplir con el fin regulativo de la conducta humana por la norma, no debe desatenderse a la notar característica de toda organización administrativa, que viene dada por la jerarquía en cuyo marco se desarrollan las relaciones de subordinación y supremacía de los órganos administrativos.

La competencia del órgano, definida como el conjunto de funciones que un agente puede legítimamente ejercer, también receipta esta idea, desde que uno de sus aspectos es la competencia en razón del grado, como propia de la relación jerárquica.

FIORINI explica que, en la clasificación de funcionarios, hay que diferenciar ciertas personas que representan o son titulares de los poderes del Estado, pues constituyen órganos cuyas funciones y ubicaciones se encuentran en la Constitución. Estos funcionarios, son representantes políticos que manifiestan típicas relaciones orgánicas sin relación de servicio. Más debajo de ellos, se encuentran quienes ocupan las diferentes jerarquías funcionales²².

Es en esto último que se halla la clave de lo dictaminado en esta causa: la evaluación y eventual aplicación de esta causal de suspensión de la prescripción, se encuentra enlazada con el hecho de que aquel ejercicio de la función pública, por su carácter relevante, hubiera sido el factor que obstaculizara la promoción o prosecución de la acción penal. *Es la capacidad de influencia derivada del propio rango jerárquico el factor fundamental que da sustento a la suspensión de la prescripción.*

Es la jerarquía o categoría del cargo público el disparador que activa la causal de suspensión de la prescripción: visto no como un reproche personal sino como riesgo objetivo que fundó la inclusión de la causal de suspensión en el C.P.²³, pues tal rango viene acompañado -eventualmente- de un conjunto de oportunidades o circunstancias propicias para obstaculizar o entorpecer la promoción o el ejercicio de la acción penal.

²⁰ GORDILLO, Agustín; *Tratado de derecho administrativo y obas selectas*, t. I, “Parte General”, Editorial Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2013, Capítulo XIII “Agentes Públicos”.

²¹ MARIENHOFF, Miguel; *Tratado de derecho administrativo*, t. III-B, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1977, pp. 35 y ss.

²² FIORINI, Bartolomé; *Derecho administrativo*, t. I, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1976, pp. 770-784.

²³ GIL LAVEDRA, Ricardo y SGRO, Marcelo; *La suspensión de la prescripción de la acción penal por el desempeño de un cargo público*, en Cuestiones Penales. Homenaje al Profesor Dr. Esteban Righi, Ad Hoc, Buenos Aires, 2012, pp. 425-448.

Verificada la relevancia jerárquica, no se requiere argumentar ni acreditar una efectiva o concreta influencia empleada en el caso (por otra parte, la norma no lo exige).

Al ser la jerarquía o posición relevante del cargo público y la consecuente capacidad de influencia como factor objetivo lo que funda la suspensión de la prescripción, el art. 67.2° párr. C.P. no refleja en su funcionamiento la amplitud del art. 1° ley 25.188 que define la función pública extendiéndola a todos los niveles jerárquicos.

Esto no es excluir a determinados sujetos, sino reconocer que alguna consecuencia en la interpretación de la norma ha de asignarse a la capacidad de influencia derivada de la jerarquía del cargo público. No pueden equipararse los cargos superiores a los inferiores, en la medida en que los segundos no tienen capacidad de influencia.

Máxime que el art. 1° ley 25.188, en el propio régimen de ética, establece obligaciones diferentes según la jerarquía funcional (vg. el deber de presentar declaraciones juradas, art. 5°, o el régimen de incompatibilidades Cap. V).

Permitir que la norma alcance también a los agentes públicos subalternos, importaría asumir una interpretación que, limitada a la literalidad de la norma, resultaría inaceptable por irrazonable, en la medida en que llevaría a la creación de un nuevo tipo de delitos imprescriptibles (en contra de la normativa internacional en la materia), que serían aquellos atribuidos en ejercicio de sus funciones, no ya a funcionarios públicos de la mayor jerarquía (generalmente electos), sino a simples empleados subalternos de la administración pública, cuyo régimen de empleo no los sujeta a periodicidad en su designación, sino que suelen cesar en su cargo al acogerse al beneficio previsional²⁴.

El segundo de los argumentos esgrimidos por la Corte, se vinculaba con la *afectación a la garantía a ser juzgado en un plazo razonable*. Esto con base en la ausencia de una imputación formal en la causa contra persona alguna.

El *a quo* no vinculó este tema con una garantía, sino con el hecho de que, pese al paso del tiempo, ninguna persona hubiera sido convocada al proceso en carácter de imputada. Sólo la disidencia del fallo de la Cámara especuló sobre la garantía a ser juzgado en un plazo razonable con la aplicación de los fallos “*Mattei*” y “*Mozzatti*”, entendiendo que no había que hacer aplicación de tal garantía.

En este caso, el Procurador entendió que el derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas opera a partir de que la persona es legitimada en forma pasiva en un proceso. Este punto de partida en el cómputo para ello es coincidente con el criterio de la Corte IDH, caso “*López Alvarez v. Honduras*” (1/2/2006) y “*Baldeón García v. Perú*” (6/4/2006) que lo ubica en el primer acto de procedimiento dirigido en contra de determinada persona como probable responsable de cierto delito.

Siendo así, la fecha de *presunta comisión del hecho* es relevante, no a los fines de activar la garantía del plazo razonable, sino a los fines de la prescripción penal, al margen de que ambas puedan conducir a la extinción de la acción emergente del delito.

Este ya era el criterio de la PGN al dictaminar en la causa “*Ríos, Sebastián s/ causa 15.029*” (15/6/2015), donde se consideró que la fecha de comisión del hecho e inicio de la causa como punto de partida para juzgar sobre la razonabilidad de la duración del proceso con relación al imputado resultaba irrelevante, porque “...las implicancias que puede tener para el imputado el transcurso del tiempo desde la comisión del hecho es materia propia de otro instituto, el de la prescripción de la acción por el paso del tiempo, y no del

²⁴ GIL LAVEDRA-SGRO; *ibidem*.

plazo razonable del proceso, que se ocupa justamente de su duración para la persona que lo sufre como imputado. Por ello... a los efectos de resolver si se podría considerar agotado el plazo razonable de duración del proceso debía tomarse en cuenta el momento en que (el imputado) fue afectado formalmente a él, lo cual tuvo lugar, precisamente, con su llamado a prestar declaración indagatoria.” (sin embargo, en esta causa, la Corte no consideró el remedio federal, porque podía estar en juego la prescripción de la acción penal, de modo que reenvió la causa al tribunal de origen para ello)²⁵.

Vinculado al tema que se trata, el PGN dictaminó en un caso cercano al estudiado, en el caso “**Ramos, Sergio Omar**” (Fallos 338:1538, rta. 15/12/2015), donde indicó que: “La sola omisión de atender a la norma conducente para resolver el caso, sin dar razón alguna, privaba de fundamentación al pronunciamiento y constituía por sí sola un supuesto de arbitrariedad de sentencia” (esto porque no se había expedido el a quo sobre el punto) y ya sobre el fondo: “La indagación de la incidencia que pudiera haber tenido en la prolongada duración de este proceso el hecho de que el acusado haya sido, desde el momento de la comisión de los delitos imputados hasta la actualidad, el intendente sucesivamente electo de una localidad de la provincia de Salta. La percepción general de que el ejercicio de la función pública puede en los hechos inhibir, obstaculizar o pervertir el desarrollo adecuado de la persecución penal es precisamente la que ha motivado la legislación nacional que desde 1964 excluye del régimen de prescripción de la acción penal los ‘delitos cometidos en el ejercicio de la función pública, para todos los que hubiesen participado, mientras cualquiera de ellos se encuentre desempeñando un cargo público’ (texto del art. 67.2° párr. C.P. según ley 25.188 de 1999, el texto original, más estrecho, fue introducido en el art. 11, ley 16.648 de 1964). Esa legislación, que el *a quo* dejó injustificadamente de lado en su pronunciamiento, lo obligaba, si no a rechazar de plano el reclamo de extinción de la acción, al menos a tomar seriamente en cuenta el fundamento de la norma adoptada por el Congreso de la Nación como una de las consideraciones necesarias para juzgar en concreto si el acusado Ramos ha sido víctima del tipo de injusticia contra la que protege la garantía esgrimida.”

La capacidad de influencia funcional, nuevamente, se convierte en un factor a analizar, ahora relativo a la demora de un proceso judicial, susceptible de inhibir o atemperar el funcionamiento de la garantía receptada en el art. 8.1 CADH.

Uniendo el fallo “**Ramos**” y “**N.N.**” se observa una continuidad en el abordaje del funcionamiento de la garantía a ser juzgado en un plazo razonable cuando los sujetos involucrados desempeñan cargos públicos relevantes.

La Corte Suprema, en ninguno de los casos, desestimó lo normado por el art. 67.2° párr. C.P., por el contrario, reafirmó la operatividad de la norma.

En parigual, en el precedente “**Ramos**” la Corte recogió lo establecido por la Corte IDH en “**Suárez Rosero v. Ecuador**”, sent. 12/11/1997 que al determinar el momento de analizar si ha existido vulneración a la garantía del art. 8.1 CADH sostuvo que debe tenerse en cuenta: a) la complejidad del asunto, b) la actividad procesal del interesado, c) la conducta de las autoridades, d) la afectación general de la situación jurídica de la persona involucrada en el proceso. Todo ello, según la C.S.J.N. no puede realizarse al margen de la naturaleza de los delitos imputados, de allí que la afectación de esa garantía no puede examinarse sin examinar si el cargo público relevante pudiera haber inhibido, obstaculizado o pervertido el desarrollo adecuado de la persecución penal.

²⁵ SINGEREISKY, Melina; *Notas sobre la suspensión de la prescripción de la acción penal en el caso de delitos cometidos en ejercicio de la función pública*, en Pitlevnik, Leonardo; *Jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, vol. 30, Hammurabi, Buenos Aires, 2021, pp. 86-88.

Esto no significa que al funcionario en ejercicio de la función pública, no lo ampara la garantía de ser juzgado en un plazo razonable. Lo que debe analizarse, tal como lo indicó la Corte IDH en “*Andrade Salmón v. Bolivia*” (rta. 1/12/2016), es si dentro de las circunstancias particulares del caso, la complejidad que hubiera influido en la duración del proceso responde a que se trata de actos de corrupción, cuya dilucidación suele resultar dificultosa y en los que -generalmente- se hallan involucrados muchos imputados. Esta sola invocación, efectuada en forma genérica, no resulta suficiente los fines de justificar la demora, sino que, ante este Panorama, corresponde al Estado demostrar las razones por las que el proceso ha tomado un período prolongado de tiempo en ser resuelto.

En ese precedente, con cita de “*Masacre de Pueblo Bello v. Colombia*” y “*Quispialaya Vilcapoma v. Perú*” la Corte IDH dijo: “La violación al plazo razonable no depende exclusivamente de la duración de un proceso penal, sino que debe analizarse tomando debida consideración de las circunstancias particulares del caso, sobre todo si se trata de delitos cuya investigación y persecución es compleja, como lo son aquellos que involucran a varios imputados acusados de cometer actos de corrupción. Sin perjuicio de lo anterior, la Corte recuerda que corresponde al Estado demostrar las razones por las que uno o varios procesos han tomado un período prolongado de tiempo en ser resueltos, pues no basta una argumentación genérica respecto a la complejidad de este tipo de procesos, sino que es necesario desarrollar los argumentos y presentar las pruebas que demuestren que este factor influyó en la duración de los mismos...”

En el caso en estudio, nada se demostró de cómo la capacidad funcional pudo influir en la duración excesiva del proceso, sólo se invocó.

7. Conclusiones

Llegados a este punto se imponen unas breves conclusiones, pues las críticas a la tesis de la imprescriptibilidad de los delitos de corrupción ya ha sido sentada en los apartados precedentes.

El contrapunto existente entre la *garantía de plazo razonable* y el interés en la investigación y sanción de los delitos de corrupción conlleva el examen de los pactos internacionales suscriptos, la Constitución Nacional y las leyes vigentes en la materia.

No es posible periclitarse sin más, al momento de juzgar estos delitos, en el hontanar del *no plazo*, pues caben aquí las mismas garantías que operan respecto a cualquier otro delito.

Si bien la garantía de plazo razonable no podría ser excluida sólo por la naturaleza del delito -pues claramente ello podría validar el ejercicio arbitrario de la potestad punitiva estatal- si puede postularse que asume un carácter de mayor excepcionalidad que exige un examen exhaustivo que recepte aquel lineamiento constitucional y legal, no en términos de imprescriptibilidad sino de lucha contra la corrupción que el Estado argentino ha asumido.

Por esta vena, la suspensión del cómputo de la prescripción prevista en el segundo párrafo del art. 67 del C.P. en aquellos casos en los que funcionarios se mantengan prestando servicios para la Administración Pública es una clara limitación que proyecta sus efectos también a la aplicación de la señalada garantía.

En definitiva, si bien el plazo razonable coexiste con el instituto de la prescripción con autonomía en este caso se observa claramente la existencia de pautas que no puede

infravalorarse y que demandan un mayor celo a la hora de justificar la finalización anticipada del proceso en virtud de su invocación²⁶.

Esta es la herramienta legal diseñada al efecto, la imprescriptibilidad no posee a la fecha bendición legal alguna. Tan es así que con fulcro en ello es que los diputados Francisco SÁNCHEZ y Gustavo HEIN, presentaron un proyecto de reforma al Código Penal con fecha 11/04/2023, para incorporar al digesto punitivo sustancial los arts. 62 bis, 227 quater y 227 quinquies:

“Art 227 quater. - Será reprimido con las penas establecidas en el artículo 215 para los traidores a la patria, inhabilitación absoluta perpetua y multa de dos (2) a cinco (5) veces del monto o valor del perjuicio causado al Estado quien incurra en grave delito doloso contra el Estado que conlleve enriquecimiento del autor o de un tercero.

Los condenados en virtud de este artículo no podrán ser objeto de amnistía, indulto o conmutación de pena, bajo sanción de nulidad absoluta e insanable del acto que lo disponga.”

“Art. 227 quinquies. - A los efectos del art. 227 quater se entenderá como grave delito doloso contra el Estado la comisión de alguno de los delitos previstos en los arts. 256, 256 bis, 257, 258, 258 bis, 259, 260, 261, 262, 264, 265, 268 (1) y 268 (2), siempre que pueda imputarse como consecuencia directa del acto:

1° Un perjuicio patrimonial para el Estado superior al equivalente a cuatro salarios de un juez federal de primera instancia;

2° La muerte de una persona;

3° La aprobación de un proyecto por parte de una de las Cámaras del Congreso; o

4° El dictado de una sentencia judicial.”

“Art. 62 bis. - La acción penal para los delitos previstos en el art. 227 quater es imprescriptible.”

Los legisladores indicaron que: “El objeto de este proyecto es equiparar los delitos graves de corrupción al delito de traición a la patria y establecer en la letra del Código Penal su imprescriptibilidad y la imposibilidad de indulto, amnistía o conmutación de pena, todo ello en cumplimiento de la manda del artículo 36, quinto párrafo de la Constitución Nacional.”

Y agregan: “A la hora de reglamentar la expresión constitucional, no puede obviarse el hecho de que, tal como se expresó supra, nuestro Código Penal ya recepta numerosas conductas tipificadas como delitos de corrupción: cohecho y tráfico de influencias (arts. 256, 256 bis, 257, 258, 258 bis y 259); malversación de caudales públicos (arts. 260, 261, 262 y 264); negociaciones incompatibles con la función pública (art. 265) y enriquecimiento ilícito [arts. 268 (1) y 268 (2)]. Sin embargo, es imposible dejar de advertir que las sanciones contra los autores de dichos delitos resultan extremadamente leves en relación a la magnitud del perjuicio que pueden llegar a generar. En efecto, nuestra legislación prevé una pena mínima de un año para la aceptación o solicitud de dádivas; de dos años para la sustracción de caudales públicos; de un año para las negociaciones incompatibles con el ejercicio de la función pública; de un año para la utilización de información oficial en beneficio propio; y de dos años para el enriquecimiento ilícito de funcionarios. Lo que se trata entonces de dilucidar es en qué casos tales conductas podrían constituir un *grave delito* y, por lo tanto, deberían hacerse merecedoras de la mayúscula sanción del art. 215 del

²⁶ YACOBUCCI, Ignacio y EZEYZA, Mariano; *Acerca de la prescripción en delitos de corrupción*, en Morel Quirno, Matías Nicolás (Dir.); “Revista de Derecho Penal y Procesal Penal de la CABA”, núm. 16, octubre 2020 (9-10-2020), P.3.

Código Penal. Es preciso realizar aquí una interpretación teleológica del quinto párrafo del art. 36 CN, que ubica la conducta en el marco de los atentados contra el orden constitucional y democrático. En consecuencia, el impacto de la conducta penada debería ser de una gravedad tal que tenga capacidad de afectar ‘*el equilibrio y la legitimidad de nuestro régimen político*’. Esto último resulta de suma importancia ya que pone de manifiesto que la corrupción atenta contra el sistema democrático no sólo en virtud del perjuicio económico que puede llegar a causar al Estado -que en el caso de nuestro país, tristemente, ha alcanzado proporciones inconmensurables-, sino también por la manera en que impacta en la legitimidad del sistema político y de quienes ejercen su dirección, lo que se pone de manifiesto en la aguda crisis de representatividad que signa nuestros días.”

La segunda conclusión que se impone estriba en que lo dispuesto en el art. 36 de la Carta Magna en tanto ha sido, en esencia, la pauta interpretativa utilizada por aquellos magistrados que han concluido que aquellos ilícitos posee la mentada nota de imprescriptibilidad, debe ser examinado exhaustivamente.

Así, conforme lo estudiado, hemos visto que la interpretación arribada por la jurisprudencia marginalmente anotada *supra*, evidentemente fundada en sus conclusiones, no es la que mejor se compatibiliza con respecto a otras garantías y derechos constitucionales y, en parigual, tampoco es una consecuencia que se decante de una interpretación literal del texto del art. 36 C.N.

Sin desconocer los compromisos asumidos en virtud de la suscripción de la Convención sobre la Lucha contra el Cohecho de Funcionarios Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales, aprobada por ley 25119 (B.O. 7/09/2000), la Convención Interamericana contra la Corrupción, aprobada por ley 24759 (B.O. 17/01/1997), y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, aprobada por Ley N° 26.097, (BO el 9/06/ 2006), donde los Estados parte se comprometen a avanzar progresivamente en medidas -incluyendo disposiciones legislativas- que permitan prevenir y sancionar los actos de corrupción; lo cierto es que, en ninguno de dichos documentos se ha establecido la necesidad de declarar imprescriptibles a estos delitos.

Es por ello que, tanto desde el hontanar convencional como constitucional (art. 36) se impone una exégesis diversa a la arribada en los precedentes examinados antes.

No es posible aplicar extensivamente las consecuencias jurídicas reguladas específicamente para los crímenes contemplados en la primera parte del art. 36 de la C.N. para aquellos graves ilícitos patrimoniales que posteriormente se regulan, pues se observa que el constituyente ha efectuado una razonable diferenciación entre unos y otros, extremo que se deriva de la propia sistematicidad de la norma. El hecho de que la previsión se haya contemplado con posterioridad a la disposición que consagra la imprescriptibilidad de los graves atentados contra los valores antedicho no ha sido fruto de la impericia del Constituyente ni una consecuencia meramente causal.

Y, en el sentido aludido, los antecedentes parlamentarios, también dejaban claro cuál era la línea interpretativa en la materia. Así, “...el dictamen de la mayoría fue criticado en este punto con particular agudeza por Roberto Alejandro ETCHENIQUE constituyente por el partido político MODIN quien a modo de reproche sostuvo que aquella redacción ‘...se compadece un poco de los corruptos enriquecidos a costa del Estado, que para muchos ciudadanos somos nosotros. Al fin de cuentas, parecen un poco menos peligrosos que los sediciosos; atentan contra el sistema democrático, pero no tanto. Se dice que quedarán inhabilitados por el tiempo que las leyes determinen; pueden ser indultados; se les pueden conmutar las penas y gozan de los beneficios de la prescripción de las acciones penales y

civiles...” (Cfr. Diario de Sesiones, págs. 1409/1410). Por lo demás, no dudó en señalar que, sin embargo, tal norma no podía ser obviada como una indudable pauta axiológica respecto de estándar ético que merece la función pública y la gravedad de aquellas acciones que se materializan en perjuicio económico del estado a causa de funcionarios corruptos. Es así que indicó que el legislador nacional a partir de esta nueva referencia sancionó la Ley N° 25.188 de ética en la función pública, que tomando en consideración su gravedad institucional, estableció con mayor dureza y rigurosidad que ‘(l)a prescripción también se suspende en los casos de delitos cometidos en el ejercicio de la función pública, para todos los que hubiesen participado, mientras cualquiera de ellos se encuentre desempeñando un cargo público...’. Esta ampliación del supuesto de suspensión de la prescripción no es casual y recogiendo aquel norte pretende consolidar la directriz constitucional en punto a la adecuada investigación de los hechos de corrupción y su eventual condena.”²⁷

De la forma que fuere, insistimos, los tratados internacionales no consagran una cláusula de imprescriptibilidad que pudiera, de algún modo, consolidar la interpretación en tal sentido de la norma constitucional.

²⁷ YACOBUCCI, Ignacio y EZEYZA, Mariano; *ibidem*.

EDITADO POR:

Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba



Mayo 2024