

Título: **Los 100 años del Código Penal**
Autor: Bilczyk, Verónica
País:  Argentina
Publicación: Revista Argentina de Derecho Penal y Procesal Penal - Número 35 - Junio 2024
Fecha: 26-06-2024 Cita: IJ-V-DCCLI-606

Sumarios

Después de 100 años de vigencia del Código Penal de la República Argentina, se reflexionará en torno a los problemas que presenta la legislación actual y a la necesidad de una reforma integral.

Palabras Clave: aniversario-Código Penal-delitos-reforma legislativa.

After 100 years of validity of the Penal Code in the Argentinian Republic, we will reflect on the problems presented by current legislation and the need for a comprehensive reform.

Keywords: anniversary-Penal Code-crimes-legislative reform.

Los 100 años del Código Penal

Por Verónica Bilczyk[1]
Universidad Nacional de La Plata y Universidad de Buenos Aires, Argentina

1. Introducción

A 100 años del Código Penal de la Nación,[2] resulta importante reflexionar en orden a la necesidad -o no- de promover una reforma legislativa.

Precisamente, se adelanta la opinión al respecto, en cuanto se estima conveniente la integral modificación del Código Penal (identificado como CP, en adelante), sobre el cual se aludirá como una *ley* pues ésta es ni más ni menos la naturaleza jurídica que reviste, al igual que la de cualquiera de los Códigos a los que alude el *art. 75 inciso 12 de la Constitución Nacional* (identificada como CN, en adelante).

Argentina tiene un gran cúmulo de normas. Los ciudadanos perciben a la Justicia que debe aplicar ese conjunto de reglas como un sistema lento, burocrático, costoso, corrupto e ineficiente.

Al decir del Maestro Nino, en su famosa obra *Un país al margen de la ley*, el cambio legislativo genera *anomia*, aumenta la incertidumbre; así, lamentablemente, en relación a las modificaciones operadas sobre el Código Penal (fundamentalmente desde 2001), resulta evidente que muy lejos se está de arribar a la tan añorada *seguridad jurídica*, como valor constitucional.

En efecto, no puede dejar de remarcar que, la innovación penal (las reglas y la gestión de sus cambios), requiere de una buena técnica legislativa para así evitar redundancias, contradicciones, inconsistencias, lagunas y/o términos vagos.

Tal es así que, las críticas que se explicitarán en esta presentación tendrán en miras justamente demostrar aquellos supuestos.

Más, sobre los proyectos de reforma integral del Código que se han presentado, el que fuera elevado al Congreso Nacional en 2018 para su tratamiento -pero sin tratamiento- entre importantes cuestiones que no vienen al caso señalar, preveía una regla general y reforzada en el *art. 26 del CP*, en base a la cual las penas *son* (o hubieran sido, de haberse sancionado tal proyecto), de efectivo cumplimiento. Regla que, si efectivamente así hubiera sido sancionada, de no ser merituada con el alcance debido, hubiera generado, consecuencias muy graves en cuanto a lo que es el hacinamiento y la superpoblación carcelaria, como

problemáticas que deben estar presentes siempre para todos los que elaboran normas que habilitarán la imposición de una pena en la República.

En efecto, no puede perderse de vista que la Constitución no dice cómo tiene que ser una escuela, un hospital, únicamente, se limita a indicar cómo tiene que ser una cárcel. El *art. 18 de la CN* en línea con los Instrumentos de Derechos Humanos prevén reglas que deben cumplirse, entre las que además podrían mencionarse las Reglas Mandela para el tratamiento de los reclusos.

De modo que la entidad y pertinencia de lo señalado responde a que, cuando se reforma un Código o bien, en lo sustancial, se agravan las penas, no puede desconocerse que ello incidirá en los números de detenidos en la República.

Así, se ha estimado relevante analizar el *art. 26 del CP proyectado*, porque esa regla no puede ser obviada cuando lo que se analiza es un *nuevo Código* y más aún cuando ese eventual nuevo ordenamiento pudiera generar un mayor número de personas privadas de la libertad, por un mayor período de tiempo y con menores posibilidades de egresos anticipados.

En efecto, eso tiene que ver además con el interrogante que debe formularse al analizar una hipotética reforma y esto es, cuestionarse en torno a los recursos (materiales y humanos) con los que se contará para la efectiva implementación y puesta en funcionamiento de un *nuevo Código Penal*. Ejemplo: ¿se construirán más cárceles, se formará y contratará a más personal penitenciario?, entre algunas preguntas a formularse.

Ahora bien, para no perder el hilo de este trabajo y el objetivo de esta presentación, conmemorar la vigencia centenaria del Código Penal, es que se lo hará no por lo bueno que, claro está es mucho o debe serlo (porque de lo contrario no podría haber sobrevivido estos años); sino que se lo hará por lo malo o por lo no tan bueno. Así, lo que se compartirá es una selección de críticas que, en cierta forma evidenciarán lo pregonado. Esto es, la necesidad de reforma.

Para ello se deberá viajar en el tiempo y remontarse 100 años atrás, cuando los argentinos finalmente lograban tener un Código Penal *unificado*. Unificado porque, desde un comienzo de la organización nacional, llama la atención en una República Federal (*cf. art. 1° de la CN*), que las Provincias hayan dispuesto desde 1853-1860 un artículo como el ya citado *75 inciso 12 en la CN*. Se recordará que las Provincias preexistentes a la Nación determinaron que exista en materia penal, entre otras, una codificación única. Esto es: unitaria, en contra de lo dispuesto por el *art. 1° de la CN* en cuanto al Federalismo como forma de gobierno allí consagrada.

No será la idea desarrollar en estas páginas cuestiones propias de la forma de gobierno consagrada por los convencionales constituyentes originarios, mantenida a lo largo de las sucesivas reformas que tuvieron lugar, hasta la última de 1994, sino que se alude a ello en tanto y en cuanto, después de 100 años, inclusive, este es un tema que tácitamente se viene convalidando -porque casi nadie lo discute- pero que, quizás, cuando se analizan problemáticas como las que se presentan con *reformas parches* como la que aconteciera a través de la incorporación del capítulo de Abigeato en los delitos contra la propiedad y las distintas modificaciones -por goteo- en varios de los Títulos del Código, ello termina siendo una clara muestra de lo pregonado hasta aquí, implícitamente.

Esto es que, en la extensa República (desde lo territorial), con sus particularidades locales, con ese margen de apreciación de cada uno de los estados locales (como lo destacara el Ministro de la Corte Nacional, Doctor Rosatti en su voto emitido al resolver “Castillo”, sobre educación religiosa en las escuelas de la provincia de Salta[3]), bien podría *esto* (las críticas a la tipificación y al modo de consagrar en el Código el capítulo de abigeato), habilitar a repensar lo dispuesto en el *art. 75 inciso 12 de la CN*, de conformidad con esa idea originaria que se tenía y tiene de Argentina como una República Federal.

En este punto sólo vale recordar que la carta magna ha tomado fundamentalmente como modelo la Constitución de Estados Unidos. Sin perjuicio de esto, se ha apartado en uno de los temas centrales como lo es en la codificación y esto hace que muchas veces esas particularidades locales entren en contraposición con el *principio de igualdad* y con la *razonabilidad* que debiera primar en todo acto de gobierno, incluidas las leyes dictadas por los gobiernos (*cf. mencionado art. 1° de la CN*).

En definitiva, hace 100 años, formalmente los argentinos tenían un Código Penal y cuando se aludía párrafos atrás a quién dicta el Código, a esa delegación que las Provincias hicieron en la Nación para el dictado de los Códigos de fondo bien se sabe o debe recordarse que el Código es, aunque a algunos les cuesta reconocerlo, una ley y al ser una ley, consecuentemente, se encuentra dentro de esa pirámide normativa que hoy en día debería repensarse bajo la figura del trapecio, por resultar más acorde.

Esto así, por cuanto, el bloque de constitucionalidad a partir de 1994, ese *art. 75 inciso 22 de la CN*, todos los Instrumentos de Derechos Humanos que tienen jerarquía constitucional junto con la carta magna, obviamente, se encuentran en un pie de igualdad (de allí la alusión a la figura del trapecio) y por encima del Código Penal; de modo que, un futuro Código que se sancionase, no necesitaría contar con un artículo primero como el del Digesto Civil y Comercial pues no podría estimarse necesario *constitucionalizar* al Derecho Penal porque obviamente el Código Penal (cfr. *art. 75 inciso 12 de la CN*) y toda ley, debe estar en sintonía con la Constitución Nacional y por eso en este espacio se lo remarca con el respeto que merece semejante obra.

Se alude a la reforma integral del Código Civil y Comercial de la Nación (CCyCN) que también se mencionará; sin perjuicio de adelantar aquí que el Digesto penal debería imitar a lo allí dispuesto en torno a la prescripción.

En efecto, la prioridad que en esa materia se le otorga a la legislación local en el CCyCN al regular de manera subsidiaria los plazos de prescripción, estableciendo uno genérico que no tendrá prioridad ante la legislación local. Modo de resolver que se estima propicio, al menos desde la forma de Gobierno Federal, atento los cuestionamientos articulados en relación a lo dispuesto por el mencionado *art. 75 inciso 12 de la CN* y la existencia de codificación *unitaria*.

Por otra parte, ahondando en algunas consideraciones relativas al CCyCN, en este punto cabe indicar que, lamentablemente, desde el 1° de agosto de 2015 la legislación penal se encuentra desactualizada; por ejemplo, ya no se puede hablar de la patria potestad sino de la responsabilidad parental; se debería hablar de uniones convivenciales y no tan sólo de cónyuges.

Ello así, a mero título ejemplificativo, pues muchísimas cuestiones más se podrían referenciar, aunque lo importante es lo que se quiere indicar con esto toda vez que resulta necesario adaptar no sólo el léxico, sino las instituciones y todo lo concerniente al derecho civil y comercial; fundamentalmente al novedoso derecho de las familias.

Como se señalara, han pasado más de 6 años y se continúa en la misma situación salvo en supuestos muy puntuales como en el *art. 80 inciso primero del CP*, por citar un caso de esa parcial correlatividad que en algún punto se advierte; mas, en lo restante, ello no es así aunque vale aclarar que este último artículo fue modificado con anterioridad a la sanción del nuevo CCyCN, mediante la ley N° 26791 (B.O. 14 de diciembre de 2012).

Ahora bien, desde una mirada constitucional del derecho que nunca puede obviarse, no puedo omitirse aludir a la relevancia del *constitucionalismo dialógico*.

Para eso resulta importante ver lo que pasó y lo que aún no pasó. El 30 de diciembre de 2020 se dictó la ley 27610. Después de casi 9 años de la exhortación efectuada por la CSJN en el fallo “F., A.L. sobre medida autosatisfactiva”, [4] recién ahí se explicitó -entre otras relevantes cuestiones en relación a la interrupción voluntaria del embarazo- lo que la Corte había exhortado en marzo de 2012; sin perjuicio de ampliar los supuestos allí consignados toda vez que el fallo “F., A.L.” más allá de la interpretación amplia del *art. 86 inciso 2° del CP* (conforme redacción vigente por aquel entonces), no buscó la legalización del aborto en todo supuesto ni proclamó la declaración de inconstitucionalidad de tal norma, sino que buscaba resolver el supuesto particular de aquellos abortos no punibles y garantizar las prácticas sin judicialización.

Esa mora en legislar por parte del Poder Legislativo Nacional, ante una expresa exhortación por parte de los Ministros del Máximo Tribunal de Justicia, no sólo contribuyó a la deslegitimación del rol de la CSJN, de los jueces, sino también demuestra que esa mora permanece incólume en otros casos.

Precisamente, se sigue con esa falta de consagración normativa de aquello que la propia Corte Nacional exhortara en 2009. ¿Qué se quiere decir con esto? Se hace alusión a la omisión de reformar la *ley 23737 en cuanto al artículo 14* y en orden a lo dispuesto por los ministros cuando resolvieron “Arriola” [5], en cuanto a la tenencia estupefacientes con fines de consumo personal y en idéntico sentido podría decirse que es lo que ha pasado también e inclusive con otra incidencia, ante el pronunciamiento emitido por ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, en “Fornerón e Hija vs Argentina”, porque inclusive se ha expedido en este sentido la Corte Interamericana de Derechos Humanos; [6] pues aún no se ha plasmado expresamente en la ley penal lo exhortado hace casi ya 10 años en orden a la venta de niños y niñas, para así cumplir, de ese modo, con la *Convención Americana de Derechos Humanos*, en adelante *CADH*.

No así por ejemplo y, eso también debe remarcárselo, en cuanto al pronunciamiento emitido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en “Kimel” (“Kimel vs. Argentina”. Sentencia del 20 de mayo de 2008 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos); toda vez que los delitos contra el honor han sido modificados de conformidad con lo dispuesto por dicho organismo internacional al que la Argentina de

manera soberana se sometió, a su competencia contenciosa, al suscribir dicho Instrumento de Derechos Humanos.

2. Parte general

Para comenzar este apartado, se destacará que resultaría conveniente al menos pensar en la posibilidad de incorporar una *agravante genérica para los delitos cometidos en un contexto de violencia de género*.

Esto último pues aún con independencia de las consideraciones que habitualmente se esgrimen en cuanto a la legitimidad o no de las agravantes genéricas, por ejemplo, a los *artículos 41 bis o 41 quater del CP*, una vez convalidadas éstas, porque eso es lo que en la práctica se advierte (se las convalida); ante la severa problemática imperante en materia de violencia de género y la necesidad de tomar medidas de acción positiva (*cf. arts. 16, 18, 28, 75 incisos 12, 22 y 23 de la CN*); al menos de carácter transitorio; pero, con esta necesidad de previsibilidad que debe garantizar la ley, esta situación, este flagelo de la violencia de género lleva a estimar como conveniente contar con una agravante genérica en esos términos.

Esto es, en y para los delitos cometidos en contextos de violencia de género; como por ejemplo se advierte ante la tipificación de ilícitos como los de amenazas y/o desobediencia.

Ello así pues, en la práctica, la baja escala penal hace que las personas que revistan la condición de primarios y que estén imputados o bien resulten condenados por estos delitos (que son los que primeramente se le endilgan a quienes someten a las mujeres a contextos de violencia de género), hace que, o bien permanezcan en libertad durante el proceso o se les impongan penas de muy corta o escasa duración.

De lo contrario, cuando ello no es así o bien se recurre al dictado de medidas de coerción cuando como regla no procederían, trastocando el debido proceso y la inviolabilidad de la defensa en juicio o, en su defecto, al momento de dictar una sentencia encuadrando los hechos bajo una calificación que no es la adecuada sino que resulta errónea pero así -aunque no se lo declare expresamente- se lo hace para, por ejemplo, hacerle decir a los hechos lo que los hechos no dicen o lo que no se ha probado.

Dichas formas de proceder, mediante la denegatoria de eximiciones de prisión, de excarcelaciones o el dictado de prisión preventiva cuando no corresponde o bien ante la aplicación de una calificación legal errónea, son cuestiones que podrían evitarse a través de la tipificación de una agravante genérica prevista a tales fines en la parte general del Código Penal.

Esto así, para todos los ilícitos que se cometieran mediando violencia de género; es decir, enmarcados en un contexto de violencia de género y, al respecto, con la misma salvedad que actualmente se prevé en el segundo párrafo del *art. 41 bis del CP*, que "...Este agravante no será aplicable cuando la circunstancia mencionada en ella ya se encuentre contemplada como elemento constitutivo o calificante del delito de que se trate".

En cuanto al ejercicio del poder coercitivo estatal, en concreto, habría que repensar también los mínimos de las escalas penales. Mucho se habla de la validez o no de los rompimientos de los mínimos; entonces, si lo que queda claro es que se tiene al mínimo legal de la escala penal y al *principio de legalidad* como parámetros, se deberían generar desde el Código respuestas flexibles a los fines de dar una solución justa, previsible y equitativa para cada supuesto, con una pena que respete los *principios de razonabilidad, humanidad y proporcionalidad*, entre otros y fundamentalmente.

También tener en cuenta siempre cuál es el fin de la pena convencionalmente consagrado (*art. 5.6 de la CADH*) y vincularlo a su vez con los *principios de mínima intervención penal y subsidiariedad*; para así, además y oblicuamente, dar una respuesta que pueda revertir el cuadro de hacinamiento y superpoblación carcelaria imperante en las cárceles del país.

En otro orden de ideas, aunque vinculado con lo que hasta aquí se viene desarrollando, sobre *los arts. 40 y 41 del CP*, las pautas de individualización de las penas por parte de los señores jueces que allí son establecidas ante la determinación de una sanción de carácter temporal, mucho podría decirse inclusive si es válido o no que el digesto normativo se expida en tal sentido, sobre todo ante la instauración de una audiencia (la que puede identificarse bajo el principio: *no hay pena sin visu previo*). Pues, aunque ello esté así naturalizado debería analizarse si lo dispuesto allí reviste carácter procesal o sustancial, de conformidad con el deslinde de competencias entre Nación, Provincias y CABA que debe siempre resguardarse de conformidad con lo normado por los *arts. 1º, 75 inciso 12 y concordantes de la CN*, en lo sustancial.

En cuestiones propias de la Parte General, vale adentrarse en otro tema adicional hoy por hoy no discutido. Esto es que quizás inclusive podría repensarse el sistema de *números clausus* (cerrado), en la tipificación de las modalidades culposas de los ilícitos reprimidos en la Argentina.

Esto así, por cuanto el exceso, la solución que brinda el *art. 35 del CP*, ante la remisión a las formas culposas para la determinación de la pena -cuando media un exceso en la causal de justificación- genera lo que podría llamarse como *el vacío del exceso*; cuando la remisión se hace a una pena por un delito culposo que al ser atípico en la legislación penal argentina deja al supuesto sin un parámetro certero sobre el modo de individualizar la sanción. Esto así, más allá de las respuestas que brinden autores de doctrina como Zaffaroni, Bacigalupo, entre otros.

En este sentido, pensar la adopción de un número *apertus* (abierto), en la tipificación de conductas culposas, no sólo por ello (por la seguridad jurídica que brindaría al respecto), sino quizás también para mitigar la problemática del hacinamiento carcelario; para resolver estas cuestiones como lo hacen otros ordenamientos jurídicos como por ejemplo el Código Penal de España y consagrar en el Libro Primero una fórmula de los delitos culposos así como se prevé con la tentativa, las reglas de la autoría, los concursos, entre otros.

Esto último sin dejar de reconocer que como efecto adverso, más allá de reducirse la escala penal en algunos casos en los que se advierte (aunque así nadie lo explicita) que, para no dejar impune al supuesto porque no está prevista la modalidad culposa se alude al dolo eventual cuando así no corresponde; a su vez no puede desconocerse que, obviamente, también supuestos que hoy son atípicos -como por ejemplo el daño culposo- pasarían a ser típicos y eso debe inclusive señalarse.

Ahora bien, la pena perpetua es algo que siempre llevaría a necesitar otro trabajo para su tratamiento, pero lo que no puede seguir avalándose es que se desconozca cuánto dura la pena perpetua en la Argentina. Duración que desde 1921 se desconoce o no se sabe de un modo certero e indubitable; incertidumbre que, por tanto, debería terminarse.

Por otra parte, similares reparos podrían efectuársele (tal como se le hacen), a la escala penal del *art. 55 del CP*, escala que, a la luz del bloque de constitucionalidad y el fin de la pena convencionalmente consagrado, más allá del usual planteo que suele hacerse en relación al límite de los 30 años establecidos para los delitos de genocidio y violación reiterada e indiscriminada de Derechos Humanos en el Estatuto de Roma (Estatuto del que obviamente debe resaltarse que tiene jerarquía supra legal pero infra constitucional, *cfr. ley 26200 y art. 75 inc. 22 de la CN*), debería ser repensada a los fines de convalidar o no el tope punitivo de 50 años de prisión allí establecido.

Fundamentalmente, a la luz del convencional fin de la pena establecido en el citado *art. 5.6 de la CADH*.

Finalmente, en cuanto al análisis de la parte general (del Libro Primero del Código Penal argentino), importante resulta diferenciar cuestiones sustanciales de las procesales. Esto tiene que ver con el ejercicio de las acciones penales, la prescripción -como se indicó al aludir al actual CCyCN, por ejemplo- además, en cuanto al *principio de oportunidad* en relación a las previsiones establecidas en un Código Penal como se advierte en la regulación de la suspensión de juicio a prueba (*art. 76 bis del CP*); por citar algunas de las cuestiones problemáticas vinculadas al deslinde de competencias, *cfr. arts. 1°, 5, 75 inciso 12, 121 y ss. de la CN*).

3. Parte especial. Delitos contra las personas

Dentro de los delitos contra las personas, mucho podría esgrimirse; mas, a fin de evitar extensiones desmedidas, valdrá señalar que el delito de duelo, sobre el que además mucho se ha dicho desde los orígenes de esta figura en su análisis para con el derecho comparado en orden a su ubicación en este Título cuando otras legislaciones lo tipifican como un delito contra el honor o bien contra la administración de justicia (al pretender ejercer justicia por mano propia, por causas de honor); es que hace ya muchos años se viene discutiendo si se deroga a tal ilícito o no, por cuanto se trata de una conducta, una práctica mejor expresado, que parecería haber caído en desuso.

Así correspondería su derogación pues, a todo evento, bien sea como delito de peligro o en su caso, por los resultados que agravan las diversas figuras allí tipificadas, el Código Penal vigente le daría respuesta a esos hipotéticos supuestos.

En cuanto a la consagración legislativa de la ley de IVE (interrupción voluntaria del embarazo), 27.610, a continuación, se abordarán aquellas disposiciones de la ley sancionada el 30 de diciembre de 2020, sobre regulación del acceso a la interrupción voluntaria del embarazo y a la atención post aborto, vinculadas a la cuestión penal. Así entonces:

Comentario al artículo 4°. INTERRUPCIÓN VOLUNTARIA DEL EMBARAZO: Las mujeres y personas con otras identidades de género con capacidad de gestar tienen derecho a decidir y acceder a la interrupción de su embarazo hasta la semana catorce (14), inclusive, del proceso gestacional.

Fuera del plazo dispuesto en el párrafo anterior, la persona gestante tiene derecho a decidir y acceder a la interrupción de su embarazo solo en las siguientes situaciones:

a. Si el embarazo fuere resultado de una violación, con el requerimiento y la declaración jurada pertinente de la persona gestante, ante el personal de salud interviniente.

En los casos de niñas menores de trece (13) años de edad, la declaración jurada no será requerida;

b. Si estuviere en peligro la vida o la salud integral[7] de la persona gestante.

En esta norma, precisamente, se consagra la interrupción voluntaria del embarazo (“IVE”).

A tales fines se toma en consideración como límite temporal el de las 14 semanas de gestación (inclusive).

Es decir, la interrupción voluntaria del embarazo es consagrada así como un derecho relativo, no absoluto. En donde la condición temporal habilitante -hasta las 14 semanas de gestación, inclusive- genera a través de ese margen temporal un límite entre lo punible y lo que no lo será. Ello así, sin perjuicio de las excepciones establecidas al respecto. Por ejemplo, en cuanto a lo dispuesto en el segundo párrafo.

Además, en el artículo 4 bajo comentario, se contempla la interpretación amplia del artículo 86 del Código Penal y, en consecuencia, el criterio de la CSJN expuesto en “F., A.L.” en general; como así también en relación a la declaración jurada que aquí se estipula como requisito de procedencia de la “IVE”.

De este modo, aparece ahora sí expresamente legislado este requisito; que, a diferencia de la interpretación efectuada en esa línea por los Ministros de la CSJN, daría por cerrada cualquier discusión que en ese sentido pudiera plantearse a la luz de los principios de legalidad y de reserva, arts. 18 y 19 de la CN.

En este sentido, se reconoce la presunción “iure et de iure”, esto es que no admite prueba en contrario lo dispuesto en el art. 119 primer párrafo del CP, en relación a los menores de 13 años. Se aclara esto, atento la posición que en torno al consentimiento de los menores en los delitos contra la integridad sexual, conforme actual CCyCN, se advierte[8]; pues, al respecto, el art. 4 de la ley objeto de comentario contempla que “...En los casos de niñas menores de TRECE (13) años de edad, la declaración jurada no será requerida...”.

Ahora bien, en cuanto a la aclaración que se hace, sobre la salud como “integral” si bien podría ser cuestionada por redundante; tal como se desprende de la lectura del Decreto de promulgación parcial de la ley 27610, emitido por el PEN (Decreto 14/2021), mediante el cual se “observa” tal expresión; se advierte que en línea con la definición que al respecto -sobre el concepto de salud- brinda la OMS y en función del Bloque de Constitucionalidad vigente desde 1994 -art. 75 inc. 22 de la CN- la salud como derecho siempre debiera ser así interpretada. Mas, una interpretación historicista bien permitiría concluir como razonable dicha aclaración (como “integral”), por cuanto el alcance restrictivo con el que siempre se interpretó al artículo 86 inciso primero del CP habilitaría a considerar a ese agregado como “saludable” para evitar así, de ese modo, interpretaciones restrictivas de lo que debe estimarse como salud. En línea con lo sostenido -sobre todo- por la Ministra de la CSJN, Dra. Argibay, al resolver “F., A.L.”.

Esto último, sin perjuicio de reconocer que ante la promulgación parcial de la ley, lo allí destacado, cobra singular relevancia en la interpretación de este artículo. Esto es, en cuanto a lo consignado por el PEN en el mencionado Decreto al sostener que: “...el agregado de la palabra ‘integral’ no ha aportado claridad en el debate del proyecto de ley (...) Que la salud como concepto es autosuficiente...”.

Por otra parte, sobre el plazo de las 14 semanas (inclusive), es importante agregar que, cuando se regulan cuestiones como las que aborda esta ley (la “IVE”, obviamente), siempre resulta necesario establecer un plazo de este tipo.

En efecto, el comienzo de la vida humana, es uno de los aspectos sobre los que más se discute y se ha discutido. Ello así, no sólo desde el derecho constitucional, el derecho penal o civil; sino también desde la religión, la filosofía o la bioética, entre otros. Aunque fundamentalmente en aquellos ámbitos es donde más se lo analiza, discute y cuestiona, como se viera en los debates del Congreso (y “en las calles”).

Tal es así que, en lo particular, determinar desde cuándo existe vida humana protegida jurídicamente ha llevado a sostener distintas posturas que, como lo aclara el Profesor Dr. Donna[9] en su obra, según cuál sea la que, sobre el comienzo de la vida humana, se adopte (desde cuando se es persona pasible de protección), diversas serán las consecuencias legales. De allí entonces, la relevancia de su determinación expresa.

En este mismo sentido oportuno es recordar la actual legislación que al respecto se establece en el Código Civil y Comercial de la Nación. Concretamente, se hace alusión a lo previsto en el “Libro Primero. Parte General. Título I. Persona humana. CAPITULO 1. Comienzo de la existencia”. Particularmente a los artículos 19, 20 y 21; y, en lo sustancial al primero y al último de los citados en cuanto respectivamente aluden a que si bien “La existencia de la persona humana comienza con la concepción” (art. 19 CCyCN); “Si no nace con vida, se considera que la persona nunca existió” (art. 21 CCyCN).

Pues, lo reseñado, tiene en miras demostrar que la concepción marca el comienzo de la vida humana con las salvedades expuestas, con más las consideraciones efectuadas en relación a lo dispuesto por el art. 75 inciso 23 de la CN (a contrario), como así también al art. 4 de la CADH; al Informe Baby Boy de la Comisión Interamericana de DDHH y al fallo “Artavia Murillo” de la Corte IDH (argumentos a los que en honor a la brevedad cabe aquí remitirse); los que, en línea con la salvedad expuesta en el artículo 21 del CCyCN -aquí transcripta- clausuran cualquier discusión que pudiera articularse basada unidireccionalmente y de modo parcial, en lo dispuesto por el citado art. 19, en cuanto al origen de la vida desde la concepción, sin más.

Toda vez que, el nacimiento con vida del feto -de la vida humana en formación o vida humana dependiente- es una condición imperativamente necesaria, para poder afirmar que se está en presencia de una persona humana en los términos del actual Código Civil y Comercial de la Nación.

En efecto, lo que asimismo postula el mencionado art. 21 del CCyCN, es algo que merece la pena señalarse y esto es que los derechos y obligaciones del concebido o implantado en la gestante quedan irrevocablemente adquiridos si nace con vida; a contrario, si no nace con vida, aunque parezca evidente destacarlo: “no”.

Una lectura integral de la normativa vigente es la que permite arribar a la conclusión que aquí se expone; al igual que en torno a la “gradualidad” reconocida inclusive en este aspecto en el referenciado precedente de la Corte IDH (“Artavia Murillo”), al que también aludiera la Dra. Marisa Herrera al expedirse en la Comisión de dictámenes de la Cámara de Diputados en diciembre de 2020 y recordar lo que al respecto, en el precedente de mención, se afirma.

Por tanto, conforme esa “gradualidad”, se va desde el embrión a la vida humana dependiente (en formación, feto) y luego a la vida humana ya nacida; y, en cierta forma, aquella refleja la distinción axiológica que en materia de aborto, a esta altura de los acontecimientos, no puede desconocerse y que fácilmente se advierte de la propia lectura de la Constitución Nacional; del Bloque de Constitucionalidad y del Código Penal, por cuanto ninguno de ellos es neutro.

Comentario al artículo 13 del proyecto enviado por el PEN que se corresponde con el artículo 14 del dictamen que fuera elevado por la comisión en Diputados y aprobado por mayoría en ambas Cámaras: Modificación del Código Penal. Sustitúyese el artículo 85 del Código Penal de la Nación, por el siguiente: Artículo 85: El o la que causare un aborto será reprimido: 1. Con prisión de tres (3) a diez (10) años, si obrare sin consentimiento de la persona gestante. Esta pena podrá elevarse hasta quince (15) años si el hecho fuere seguido de la muerte de la persona gestante. 2. Con prisión de tres (3) meses a un (1) año, si obrare con consentimiento de la persona gestante, luego de la semana catorce (14) de gestación y siempre que no mediaren los supuestos previstos en el artículo 86.

En primer lugar cabe indicar que aquí se aclara de manera adecuada que la punición del aborto tendrá en cuenta el límite temporal del que aquí se hiciera expresa mención. Esto es, el de las 14 semanas de gestación, inclusive. Luego, la interrupción del embarazo será típica, siempre y cuando no se presenten los supuestos de no punibilidad allí previstos.

A su vez, el artículo 85 del CP, mantiene la diferenciación entre el aborto con y sin consentimiento; estableciendo asimismo que continúa siendo más grave el que careciera de éste (del consentimiento), como así también el que fuera seguido de la muerte de la persona gestante.

En cuanto a las penas, cabe indicar que de la compulsiva y consecuente comparación de la legislación anterior para con la reformada, en relación al supuesto de aborto sin consentimiento, la sanción permanece incólume; inclusive para el supuesto calificado en el que se diera la muerte de la persona gestante.

Ahora bien, en relación al aborto con consentimiento de la persona gestante se advierte una significativa disminución en la escala penal y no se establece ninguna pena específica para el caso que se diera la muerte de la persona gestante.

Por tanto, en definitiva, el aborto como regla sigue siendo delito luego de la semana 14; sin perjuicio que con la conjunción “y” en relación a que no sea un aborto no punible (del art. 86 del CP), refuerza en este

sentido lo que anteriormente se destacara que, para los abortos no punibles no hay límite temporal para su realización (tal como acontecía en la reglamentación vigente desde 1921).

Comentario al artículo 14 del proyecto enviado por el PEN que se corresponde con el artículo 15 del dictamen que fuera elevado por la comisión en Diputados y aprobado por mayoría en ambas Cámaras: incorporación del artículo 85 bis del Código Penal. Incorporáse como artículo 85 bis del Código Penal de la Nación, el siguiente: Artículo 85 bis: Será reprimido o reprimida con prisión de tres (3) meses a un (1) año e inhabilitación especial por el doble del tiempo de la condena, el funcionario público o la funcionaria pública o la autoridad del establecimiento de salud, profesional, efector o personal de salud que dilatare injustificadamente, obstaculizare o se negare, en contravención de la normativa vigente, a practicar un aborto en los casos legalmente autorizados.

Desde lo sistemático y metodológico no puede más que destacarse que a partir de esta previsión normativa se incorporara al Código Penal el art. 85 bis lo que refuerza la necesidad de recordar que se debe proceder a una reforma del Código Penal argentino, de modo integral; para así evitar las reformas parches como suelen denominarse a los agregados efectuados en el Código Penal (léase: bis, ter, quater, etc.).

Por otra parte, podría indicarse que si bien las penas no son muy elevadas, en cuanto a la escala penal prevista para las sanciones privativas de la libertad allí consagradas y que podrían ser determinadas como de cumplimiento condicional, lo relevante es señalar lo atinente a la pena accesoria de inhabilitación que resulta para esos casos mayor.

En cuanto a la calidad del sujeto activo del o de los delitos, se determina que podrán serlo: el funcionario público o la funcionaria pública o la autoridad del establecimiento de salud, profesional, efector o personal de salud.

Es decir, la determinación de la calidad del agente en su previsión legislativa si bien es enunciativa, requiere una calidad especial por la que podría ser estimado éste como un delito de mano propia en el que sí resultaría admisible cualquier grado de participación, conforme las reglas generales que a su respecto se regulan en el Código Penal, arts. 45 y ss..

Los verbos típicos son tres: dilatar, obstaculizar y negar. Ahora bien, lo que en algún punto podría “cuestionarse” es que sólo en relación al primero de ellos se establece expresamente que la dilación debe ser “injustificada”; toda vez que en relación a los restantes ese agregado desaparece ya que son enunciados luego de la coma.

Sin perjuicio de esa consideración, cabe indicar que si la dilación, obstaculización o negación se encontrase justificada, por ejemplo por el cumplimiento de un deber, obviamente, encontraría andamiaje jurídico en la eximente establecida en el art. 34 inciso 4° del CP.

En definitiva, de ello lo que se podría inferir es que, en la dilación, sólo resultaría admisible el dolo directo mientras que en la obstaculización y en la negación podría ser válidamente admitido el dolo eventual. Se insiste, esto desde una interpretación literal de la norma, atento la salvedad expuesta en cuanto al agregado de “injustificadamente” para uno solo de los supuestos y en base a la ubicación de la coma.

Claro está que el obrar culposo en este aspecto resultaría impune, toda vez que expresamente no se consagra dicha modalidad delictiva y, por tanto, resultaría atípico ese comportamiento atento el número cerrado en la tipificación de conductas culposas en Argentina; a diferencia, por ejemplo, de la legislación penal española (número abierto: “numerus apertus”, en contraposición al “numerus clausus” argentino).

Por lo demás, cabe indicar que, para que alguno de los verbos típicos se configure como delito (en relación a los sujetos indicados por la norma, tal como fuera referenciado), se requieren dos aspectos adicionales. Estos son que la dilación, obstaculización o negación lo sea de la práctica abortiva en los casos legalmente autorizados y en contravención a la normativa vigente.

Ahora bien, retomando lo trazado, si bien la tipificación de las conductas de obstruir y negar parecieran más fácilmente delimitables en cuanto a imponer “dificultades”; esto es, entorpecer las posibilidades, el acceso, en definitiva, para que la persona gestante pueda llevar adelante la “IVE” o bien directamente imposibilitarla, respectivamente; es que podrá complejizarse la acreditación del tipo y el elemento de la tipicidad, en cuanto a la vaguedad del verbo empleado: “dilatar”. Pues: ¿cuánto tiempo excederá de lo razonable -el obrar del agente- para configurar el tipo penal? ¿Toda tardanza implicará dilatar?

Dificultades que quizás puedan zanjarse a través del agregado que también fuera analizado. Esto es, lo sostenido en torno a que el sujeto deberá dilatar la práctica en forma injustificada, debiéndose analizar entonces el “contexto” para delimitar la conducta (en sentido genérico para el derecho penal); esto es, el obrar u omitir de aquel (el agente, sujeto activo del delito).

Comentario al artículo 15 del proyecto enviado por el PEN que se corresponde con el artículo 16 del dictamen que fuera elevado por la comisión en Diputados y aprobado por mayoría en ambas Cámaras: Sustitución del artículo 86 del Código Penal. Sustitúyese el artículo 86 del Código Penal de la Nación, por el siguiente:

Artículo 86: No es delito el aborto realizado con consentimiento de la persona gestante hasta la semana catorce (14) inclusive del proceso gestacional.

Fuera del plazo establecido en el párrafo anterior, no será punible el aborto practicado con el consentimiento de la persona gestante:

1. Si el embarazo fuere producto de una violación. En este caso, se debe garantizar la práctica con el requerimiento y la declaración jurada de la persona gestante ante el o la profesional o personal de salud interviniente. En los casos de niñas menores de trece (13) años de edad, la declaración jurada no será requerida.

2. Si estuviera en riesgo la vida o la salud integral[10] de la persona gestante.

Al respecto cabe indicar que -como en lo restante- se respeta la numeración del Código Penal, de modo que las referencias a los abortos no punibles se mantendrán con la sindicación del art. 86 del CP, al respecto.

Por otra parte, se destaca la consagración de la no punibilidad en función de la atipicidad de la conducta abortiva llevada adelante hasta la semana 14 inclusive, agregado que aquí expresamente se efectúa; mas dicha no criminalización de la conducta sólo procederá de contar con el consentimiento de la persona gestante.

En cuanto a la redacción de este primer supuesto, válido resulta indicar que al regularse allí los abortos no punibles adecuado fue hacerlo por la afirmativa. Esto es, haciéndolo a través de la tipificación de la conducta no punible, para de ese modo de manera indirecta consagrar desde cuándo será un ilícito penalmente reprochable.

En el mismo sentido, como se verá, es que el legislador nacional lo ha hecho en relación a la tentativa del aborto de la persona gestante, contemplada en el Código Penal desde 1921 y que en cuanto a su impunidad, se mantiene (como se verá).

Nuevamente, cabe indicar que el artículo 86 del Código Penal prevé que los abortos no punibles previstos en los incisos 1° y 2° del mencionado artículo, a diferencia de los determinados como regla general en el primer párrafo, podrán practicarse en todo el proceso gestacional sin término. Ello así por cuanto el único expreso límite temporal de las 14 semanas -inclusive- del proceso gestacional está previsto para el primer caso que allí se contempla. El que podría ser estimado como un “aborto sin causa”. Esto es: “sin expresión de causa”.

Por cuanto, como se expusiera en esta presentación, **siempre hay una razón para las razones, aún para las razones no dichas**; pues, toda “IVE” tiene una causa pero no resulta necesario ni adecuado exponerla, de conformidad con el principio de reserva (art. 19 de la CN) y que, en ese sentido, en la ley se reconoce.

Por otro lado, en cuanto al comentario de este artículo, después de casi 9 años la ley consagra la interpretación amplia del artículo 86 inc. 2° del CP, conforme el criterio que en tal sentido expusiera la CSJN al resolver “F., A. L.”. Aspecto que da cuenta el grado de legitimidad democrática de la Corte que se advierte cuando resuelve y lo que ella “dice” es desoído durante tantos años; como se expusiera en torno a la necesidad de dar una respuesta al “tema del aborto” desde el constitucionalismo dialógico en línea con lo exhortado en 2012, por la Corte Nacional, en el fallo de mención.

Con independencia de ello, loable resulta destacar que después de casi un siglo “se cierre” de ese modo, mediante la modificación legislativa, la discusión centrada en los supuestos de abortos no punibles y lo concerniente al (mal) llamado aborto “sentimental”. Es decir, brindando seguridad jurídica sobre un aspecto crucial en materia de Derechos Humanos de las personas con capacidad de gestar y que hubieran sido, además, víctimas de un ilícito contra su integridad sexual.

A su vez, en relación a esta disposición normativa se advierte la supresión de lo establecido en el art. 86 del CP en su primera parte, en cuanto disponía que “...Incurrirán en las penas establecidas en el artículo anterior y sufrirán, además, inhabilitación especial por doble tiempo que el de la condena, los médicos, cirujanos, parteras o farmacéuticos que abusaren de su ciencia o arte para causar el aborto o cooperaren a causarlo...”; sin perjuicio de la previsión en otra norma por separado, en torno al “obrar” reprochable de aquellos sujetos y que fuera objeto de comentario al analizar el art. 85 bis que se incorpora al CP (art. 15 de la ley 27610); como así también recordando que esa supresión es válidamente subsanable por la regla

prevista en la parte general del Código Penal. Concretamente, a través de la aplicación de la accesoria de inhabilitación especial regulada en y por el art. 20 bis del CP.

En cuanto a la tipificación de los abortos no punibles también se advierte la supresión de la referencia a quién es el sujeto que puede practicar la interrupción del embarazo sin resultar punible toda vez que en el Código Penal, art. 86 de mención, se estipulaba en relación a los dos incisos (1° y 2°), la no punibilidad en los siguientes términos: “...El aborto practicado por un médico diplomado con el consentimiento de la mujer encinta, no es punible: 1° Si se ha hecho con el fin de evitar un peligro para la vida o la salud de la madre y si este peligro no puede ser evitado por otros medios. 2° Si el embarazo proviene de una violación o de un atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota o demente. En este caso, el consentimiento de su representante legal deberá ser requerido para el aborto...”; o sea, no se requiere ahora una calidad especial en el sujeto activo que lleva adelante la interrupción del embarazo, en el segundo supuesto al menos, ya que así -expresamente- nada prevé en ese sentido.

En cuanto a la anacrónica expresión “mujer encinta”, adecuadamente se sustituye, reemplazándola además por el uso de lenguaje inclusivo, respetuoso de la ley de identidad de género.

Por otra parte, cabe indicar que el aborto terapéutico, en su redacción resulta más claro en tanto abarca los supuestos que muchas veces se pusieran en discusión; por cuanto se reemplaza la determinación de la punibilidad del aborto, en función del “fin de evitar un peligro para la vida o la salud de la madre”, siempre y cuando (mediante el uso de la conjunción “y”), “ese peligro no pueda ser evitado por otros medios”.

Claro está que, primordialmente, en su base también se requiere del consentimiento de la persona gestante pero bastará con la sola constatación de lo siguiente: que “estuviera en riesgo la vida o la salud integral de la persona gestante”. Es decir, no resultando necesario demostrar que “ese peligro no pueda ser evitado por otros medios”; porque como se sostiene, donde la ley no distingue no debe distinguirse y, además, al suprimirlo expresamente, una interpretación historicista y progresiva de la norma permitiría concluir ello como razonable, atento a la eliminación efectuada en esa dirección.

Además, en cuanto al orden expositivo de los abortos no punibles, se ve alterado por cuanto primero se consagra al referenciado como el “criterio amplio de interpretación” (CSJN: “F., A.L.”), cuando el embarazo es la consecuencia de una violación.

Al respecto, cabe indicar que se mantiene la expresión “producto” (cuestionable por cierto); lo cual se advierte como desfavorable; pero, en el marco de lo ponderable del proyecto sancionado, dicha expresión -mantenida- no opaca la modificación legislativa estimada, en rasgos generales, como digna de aprobación.

Justamente, las discriminaciones arbitrarias que en el siglo 21 sorprendían a cualquier persona que leyera el Código Penal y se anoticiara de la tipificación expresa de los abortos no punibles del modo en que estaban regulados desde 1921, en relación al “atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota o demente”; a lo cuestionable de la terminología empleada desde el siglo pasado en la tipificación de los abortos no punibles, se le adiciona lo siguiente: esto es que, aunque fisiológicamente ninguna persona con capacidad de gestar pudiera quedar embarazada por un “atentado al pudor”, las referencias a la fuente de la legislación penal que fuera tomada como “modelo” (el Código Penal Suizo y su traducción al francés), en nada habilitaban a convalidar la indiferencia del legislador nacional que durante más de un siglo permitió que el Código Penal se expresara en esos términos.

Esa deuda, no sólo se advierte en este punto pues si bien el CCyCN fue reformado de modo adecuado, recién lo hizo en 2015 (entrando en vigencia en agosto de ese año) y el Código Penal a pesar de los intentos frustrados de reformas integrales, no ha podido actualizar siquiera la denominación de aspectos tan básicos como los concernientes al antiguo ejercicio de la patria potestad actualmente denominada como responsabilidad parental, por citar un ejemplo de ello. Se insiste entonces en la imperiosa necesidad de actualizar el Código Penal de modo integral, armónico y respetuoso de su sistemática.

Ahora bien, retomando el análisis de la norma bajo comentario, además de la referencia genérica de la violación sin distinciones en relación a la víctima, cabe destacar lo razonable de la modificación efectuada en esa dirección por cuanto resultaba -a contrario- por demás irrazonable la interpretación efectuada en sentido contrario; léase: tesis restringida.

En este caso, se debe garantizar la práctica con el requerimiento y la declaración jurada de la persona gestante ante el o la profesional o personal de salud interviniente. En los casos de niñas menores de 13 años de edad, la declaración jurada no será requerida porque como se expusiera, de ese modo, la ley lo que hace es convalidar la presunción “iure et de iure” (que no admite prueba en contrario) en torno al no consentimiento de los menores de 13 años ante cualquier relación sexual y, en lo particular, si como consecuencia de esa agresión quedara embarazada la legislación estima por tal motivo innecesaria la

presentación de la declaración jurada pues expresamente ésta no le será requerida, lo que implícita y oblicuamente se deduce de lo dispuesto por el art. 119 del CP en su primer párrafo.

Comentario al artículo 16 del proyecto enviado por el PEN que se corresponde con el artículo 17 del dictamen que fuera elevado por la comisión en Diputados y aprobado por mayoría en ambas Cámaras: Sustitución del artículo 87 del Código Penal. Sustitúyese el artículo 87 del Código Penal de la Nación, por el siguiente: Artículo 87: Será reprimido o reprimida con prisión de seis (6) meses a tres (3) años, el o la que con violencia causare un aborto sin haber tenido el propósito de causarlo, si el estado del embarazo de la persona gestante fuere notorio o le constare.

Tradicionalmente el artículo 87 del CP regula al conocido -por la mayoría de los autores- como aborto preterintencional; y, la reforma, en este sentido, mantiene la estructura preterintencional aludida, esto es, la mixtura de dolo y culpa. Mejora la redacción, reemplazando adecuadamente la expresión “paciente” por la de “persona gestante”; lo que amplía los alcances de la protección porque conforme la anterior redacción era dable pensar que se aludiera a la paciente, en relación a la expresión esbozada en la figura, en torno al embarazo que le constare al agente del delito, delimitando de ese modo los alcances del tipo.

Se mantiene el medio comisivo; es decir, la violencia y, en cuanto a las penas, se advierte un aumento del máximo de la escala penal que, de 2 años de prisión, pasa a ser de 3 años de prisión.

Comentario al artículo 17 del proyecto enviado por el PEN que se corresponde con el artículo 18 del dictamen que fuera elevado por la comisión en Diputados y aprobado por mayoría en ambas Cámaras: Sustitución del artículo 88 del Código Penal. Sustitúyese el artículo 88 del Código Penal de la Nación, por el siguiente: Artículo 88: Será reprimida con prisión de tres (3) meses a un (1) año, la persona gestante que, luego de la semana catorce (14) de gestación y siempre que no mediaren los supuestos previstos en el artículo 86, causare su propio aborto o consintiera que otro se lo causare. Podrá eximirse la pena cuando las circunstancias hicieren excusable la conducta.

La tentativa de la persona gestante no es punible.

Al respecto cabe indicar que la previsión establecida en el art. 88 del Código Penal, si bien mantiene algunos aspectos que hasta el presente eran así regulados, como por ejemplo lo concerniente a la no punibilidad de la tentativa para la persona gestante, otros fueron alterados.

En efecto, en cuanto a las penas se advierte una reducción sustancial que mantiene, por ejemplo, en provincia de Buenos Aires (cfr. art. 151 del CPPBA) a este ilícito como no detenible y por el que inclusive se habilitaría así, siempre, la concesión de una suspensión de juicio a prueba (art. 76 bis del CP). Por citar algunas consecuencias de la reforma. Esto es, de los alcances de esa reducción.

Por otra parte, en relación a la tentativa se mantiene la punición de los terceros, en relación a las prácticas que se llevan adelante luego de la semana 14 de gestación y por fuera de los supuestos de abortos no punibles.

Es decir, el Derecho Penal contempla la situación no sólo de la persona gestante que provoca su propio aborto sino la de esos terceros, agravando su responsabilidad cuando practican la maniobra abortiva sin el consentimiento de aquella, atento la adicional vulneración de su derecho a la libertad.

Ahora bien, sí cabe consignar que se habilita una excepción facultativa para el juez; pero, en definitiva y por ello mismo, se criminalizará de todos modos a la gestante aunque ello pudiera ser resuelto de conformidad con lo normado por el artículo 34 del Código Penal; pues lo allí consignado en torno a que “las circunstancias hicieren excusable la conducta”, si bien deja un margen de arbitrio al juzgador (“podrá eximirse la pena”), permitirá someter a la gestante a proceso hasta tanto se lo dilucide en ese aspecto.

Frente a ello, se insiste, la inexigibilidad de otra conducta conforme a derecho habilitaría asimismo, una resolución en idéntico sentido conforme la referenciada disposición normativa prevista en la parte general del digesto (Libro Primero: art. 34 del CP, ya citado); y que debería ser merituada por los magistrados (fiscales y jueces), desde un inicio de las actuaciones, a los fines de no dilatar traumática e innecesariamente el proceso en relación a la persona imputada (gestante).

Asimismo, corresponde destacar el “daño colateral de las lesiones olvidadas; esto así, ante la falta de reproche penal, de acusación al imputado, de las lesiones; sean leves, graves o gravísimas según la determinación de la pericia que en su caso se practique (lo cual desde ya debería siempre hacerse de oficio), cuando lo que se está investigando es un femicidio desarrollado frente a menores. Esto último, fundamentalmente, atento el interés superior del niño que debe siempre primar, *cfr. art. 3 de la Convención de los Derechos del Niño* (en adelante la CDN).

Esto es así, mediante la punición de la conducta lesiva, las lesiones, de las que son víctimas esos menores que ven desarrollar la conducta, el femicidio, ante sus ojos o a través de cualquiera de sus sentidos.

En efecto, hoy en día se hace especial hincapié en la necesidad de investigar y juzgar con perspectiva de género pero también debe primar en ello el contemplar la particularidad del grupo estructuralmente vulnerable al que aquí se está aludiendo. En realidad, los grupos: las mujeres por un lado y los niños, niñas y adolescentes, por el otro.

Ello así, conforme lo dispuesto por el *artículo 75 inciso 23 de la Constitución Nacional*, tal como así expresamente lo establece dicha disposición, en orden al marco normativo relevante en la materia.

En función de lo cual es imperioso destacar y por ende trabajar ante el daño que genera la “indiferencia” del Estado, particularmente del Ministerio Público Fiscal que promueve oblicuamente la impunidad parcial, al así obrar (esto es: no acusar por esas lesiones, en cuanto no repara en ello), aún cuando pudiera haber un acusador privado.

De modo que, para evitar la impunidad en un tramo del acontecer fáctico que, muchas veces, es naturalizado quitándole la relevancia y entidad que se merece en su tratamiento judicial es que se debe hacer foco en lo aquí abordado.

Fundamentalmente, por cuanto aunque así lo advirtiesen los jueces ellos se encuentran impedidos de obrar en esa dirección, conforme el límite constitucional del debido proceso (acusatorio/adversarial) que, en su actuación debe regir (*cf. arts. 18 y 75 inciso 22 de la CN*). Límite que al menos deberá respetarse pues de lo contrario entrarán en riesgo la *imparcialidad del juzgador, el debido proceso, la igualdad, la inviolabilidad de la defensa en juicio*; siendo así que por aquellos principios y garantías constitucionales los magistrados no podrían expedirse al respecto (claro está, siempre y cuando los acusadores no lo reclamasen expresamente).

Por tanto, está en cabeza de la parte acusadora (pública o privada), reflexionar en torno a sus prácticas y advertir si, en su caso, se está o no en presencia de un hecho independiente reprimido con pena en el Código Penal (léase, pluralidad de hechos; concurso real) o, frente al mismo hecho (léase, unidad de hecho; concurso ideal o aparente) que deba merecer reproche penal aunque no se esté estrictamente (desde lo técnico), en todo supuesto, frente a un concurso real, en los términos del citado *art. 55 del CP* como, en rasgos generales, se expusiera como regla.

Pues, lo que se pretende reafirmar (para de ese modo revertir el cuadro descripto), es que, justamente, a la acción del femicida no se le suma la inacción del Estado, del o los acusadores públicos o privados. Primordialmente, en relación a las lesiones psíquicas que padecen y padecerán quienes presencian al femicida en acción.

Esos niños, niñas y/o adolescentes crecerán sin su “madre” y va de suyo que también lo harán sin su padre o padrastro (toda vez que muchas veces esos son los sujetos que acometen contra la vida de la “madre”); pues, aquel estará condenado a perpetua (salvo que el agresor fuera declarado inimputable, *cf. art. 34 del CP*, lo que en muy pocos supuestos es así o se acredita).

De modo que, lo que por esta vía se pretende buscar o al menos dejar planteado es que el proceso penal no contribuya entonces (el juicio previo constitucionalmente consagrado, *cf. art. 18 de la CN*), a dejar a esos niños, niñas y/o adolescentes sin la respuesta a su daño. No colateral ni hipotético, sino daño real, como se dijo (*cf. arts. 89 y ss. del CP*).

El derecho a ser oído (*art. 8.1 de la CADH*, entre otros), a que su opinión sea tenida en cuenta, no basta porque no puede pensarse que esos niños, niñas y/o adolescentes son simples testigos por haber presenciado un hecho ilícito a través de sus sentidos. Ellos son más que testigos, son víctimas y damnificados directos en cuanto a su salud psicofísica en razón de lo que, justa y lamentablemente presenciaron a través de cualquiera de sus sentidos. Ello así, obviamente, además de ser damnificados directos por la muerte -el femicidio, en sí- de su “madre”.

Sobre este último aspecto, vale destacar que cuando un femicida mata en presencia de niños, niñas o adolescentes, en la mayoría de los casos lo hace ante los hijos de la víctima del femicidio.

En función de lo cual, se insiste, el acusador (público y/o privado), debe ponderar el resultado lesivo que a aquellos, el femicida, con su obrar les causa. Esto es, se insiste, las lesiones, bien sean leves, graves o gravísimas (*arts. 89/91 del CP*), agravadas conforme *artículo 92 del CP*, según el caso.

Ello así toda vez que, principio acusatorio mediante, en línea con la imparcialidad que debe regir en la labor jurisdiccional, los jueces no podrían condenar a un imputado en los términos aquí propuestos (en relación a las lesiones); y, además, cabe adicionar que en la etapa de juicio -inclusive- no podría

reclamarlo la parte acusadora, al resultar extemporáneo cualquier planteo sin nuevos elementos probatorios que así lo determinasen como viable.

Mas, lo que sí podrían hacer los jueces, al menos, es dejar asentada su opinión a modo de “obiter dictum”. Esto último, dada la práctica tribunalicia que habilita la utilización de esa herramienta a los fines de exponer la posición que tuvieran al respecto.

Justamente, sentar un precedente con ese alcance no implicaría juzgar de manera “extra petita” (en más de lo pretendido) y en contra de los intereses del imputado; pues, ello claro está, se encontraría vedado; sino que de esa manera -y a contrario- se vería robustecido el relevante rol de los magistrados a quienes se les ha concedido ni más ni menos que, en el ejercicio de su labor e implícitamente, actúen en pos de lograr la premisa de “afianzar la justicia” (*Preámbulo y arts. 5, 116 y 123, entre otros y fundamentalmente, de la Constitución Nacional*).

En definitiva, no se trata de olvido o amnesia, sino de indiferencia.

Vivenciar el femicidio y pensar que esa “presencia” es o pueda resultar indiferente, es desentenderse de los hechos y, justamente, desentenderse, es ser indiferente.

Por otra parte, en relación al delito de **lesiones**, cabe destacar la falta de regulación de las **lesiones preterintencionales** tal como dicha estructura sí se encuentra contemplada en relación al homicidio.

Justamente, la falta de regulación, la prohibición de interpretación analógica, *el principio de igualdad, culpabilidad, legalidad y razonabilidad de las leyes*, son algunos de los motivos por los cuales se podría demostrar la configuración de una especie de “vacío legal” (ausencia de una figura penal que contemple las lesiones preterintencionales como atenuante de las lesiones dolosas) que, consecuentemente, afecta garantías constitucionales y por dicho motivo debieran ser legisladas e incorporadas al Código Penal argentino a fin de paliar los inconvenientes que, en ese sentido se advierten.

En efecto, por lo general, las referenciadas lesiones preterintencionales, sólo serán punibles como tales si la intención es indeterminada. Resulta exacta la tesis de que la responsabilidad del autor se determina por la consecuencia producida (el resultado). Cuando el autor no tuvo la posibilidad de representarse la eventual ocurrencia de una lesión grave o gravísima, su responsabilidad dolosa debería -en principio- reducirse a la lesión leve, sin perjuicio de lo que al respecto podría analizarse desde la teoría de la imputación objetiva. Mas, desde el análisis estricto de la parte especial, aceptar la posible configuración de lesiones preterintencionales teniendo como elemento de juicio no sólo la intención del sujeto, el eventual disvalor de acción sino también la naturaleza del medio empleado por el autor es algo que al menos debería referenciarse.

En el aspecto doloso, tanto directo como indirecto, solamente el dolo directo para la comisión de un delito más grave como lo es el homicidio sustrae el daño en el cuerpo o en la salud efectivamente producido del delito de lesiones y lo sitúa en la calificación de tentativa de homicidio.

No cabe duda, que la legislación penal argentina está urgida de reformas y uno de los capítulos que necesita de ellas, es el capítulo de las lesiones, sobre todo en lo que hace a la ausente regulación de las lesiones preterintencionales.

Además porque es un delito de gran complejidad, de muy difícil delimitación propia y que, por tanto, ante la falta de regulación de las lesiones preterintencionales, desde un análisis que podría efectuarse desde la proporcionalidad de las penas; puede decirse que el vacío legal (al no regular en el Código Penal la figura de las lesiones preterintencionales), afecta la igualdad ante la ley.

La vigente en nuestro país, es una regulación que genera iniquidad, trata más benignamente situaciones más graves, como lo son los casos de homicidio que si prevén la estructura preterintencional, como circunstancia atenuante de la pena.

debe regularse expresamente la figura de las lesiones preterintencionales, con la escala aplicable a ellas, tal como sucede con el delito de homicidio preterintencional.

Es decir, una de las respuestas que podría brindársele al problema formulado, debiera ser la incorporación -mediante modificación legal- de la figura de lesiones preterintencionales, como atenuante de las lesiones dolosas. Ello así, sin perjuicio de lo que, desde la teoría de la imputación objetiva podría alegarse al respecto, mas no correspondería abordar en este trabajo sino tan sólo referenciarlo ya que, el vacío legal que, fácilmente podría constatarse con la simple compulsión del Código Penal, bien podría ser remediado desde la dogmática de la Teoría General del Delito (imputación objetiva, en particular).

Ahora bien, en cuanto a la cuestionada ficción de autoría que se consagra en el delito de **lesiones u homicidio en riña o agresión**[11], más allá de lo que podría alegarse desde el *principio de culpabilidad*, por violación de éste en función de dicha ficción de autoría, para todos los que ejercieron violencia en el homicidio o lesiones en riña o agresión, como reparto de responsabilidad para evitar así la impunidad del ilícito en cuestión; no puede dejar de señalarse una cuestión que se advierte del estudio de la parte general del Derecho Penal.

Precisamente, de la obra del Dr. Daniel Rafecas “Derecho Penal sobre bases constitucionales”, editorial Didot, primera edición, segunda reimpresión, CABA, 2021, páginas 692 y 693), puede extraerse la referencia que hiciera al caso de Mariano Ferreyra y al cómo éste fue resuelto. Particularmente, lo relativo a la coautoría aditiva que allí se explicita.

En efecto, la alusión a la coautoría aditiva responde a que, de resolverse un caso que, habitualmente es encuadrado bajo dicha figura atenuada (en relación a las lesiones y a los homicidios dolosos), bajo los parámetros de la mencionada coautoría aditiva se vaciaría de contenido a la cuestionada -por inconstitucional- figura prevista en el *art. 95 del CP*.

Al menos este es un planteo que al respecto se advierte y que, por eso, en esta presentación se comparte.

Finalmente, en torno a este Título, sobre los temas que se seleccionaran abordar, no puede dejar de señalarse la falta de perspectiva de género que se advierte, sobre todo, en la investigación y juzgamiento de los hechos que, se encuadran bajo el delito de abandono de personas[12]. Ello así, en tanto y en cuanto, mayoritariamente es a la madre, por el estereotipo de lo que debe ser una “buena madre”, a la que se le recrimina la conducta sin analizar siquiera el rol de quien paterna.

Con esto no quiere decirse que no se efectúe juicio de reproche cuando así correspondiere a quienes maternan e incurrir en dicho obrar ilícito sino que, de darse un supuesto de abandono, agravado por el vínculo, debería siempre investigarse a quienes el ordenamiento civil nacional los coloca en posición de garante.

4. Parte especial. Delitos contra el honor

Precisamente, en honor a la brevedad -juego de palabras mediante- vale remitirse a lo dicho al aludir al Fallo “Kimmel” de la Corte IDH.

5. Parte especial. Delitos contra la integridad sexual

En materia de delitos contra la integridad sexual un tema que no podría soslayarse y, sobre el cual se estima debería ser ponderado como el punto neurálgico de los delitos contra la integridad sexual, de su análisis y enseñanza, es todo lo que tiene que ver con el *consentimiento*.

Debería efectuarse una relectura de este Título del Código Penal y ver que lo principal es analizar la ausencia o presencia de consentimiento. A partir de esto, empezar a hablar de los delitos en particular sin perjuicio que en lo relativo, por ejemplo, al delito de corrupción (tan cuestionado por la vaguedad del concepto propio de corrupción y de los actos con entidad corruptora), sí se atiende en ese tipo, por ejemplo, a la irrelevancia del consentimiento toda vez que se criminaliza la conducta aún mediando consentimiento (*art. 125 del CP primer párrafo*) y lo mismo pasa -salvando las diferencias- con el delito de trata de personas, dentro de los delitos contra la libertad, atento a que la dignidad humana es un bien jurídico del que no se puede disponer y el consentimiento en este punto está expresamente contemplado por el legislador nacional en la tipificación de aquel delito y en la consagración de aquel (el consentimiento), como irrelevante (*arts. 145 bis y 145 ter del CP*).

En este orden de ideas, no puede perderse de vista que el consentimiento o su ausencia hace a la atipicidad o tipicidad de la conducta en los delitos contra la integridad sexual y, por tanto, al derecho de fondo.

La perspectiva de género como pauta interpretativa constitucional debe imperar en la investigación, en el juzgamiento y en la sanción de los ilícitos; mas, lo relativo al consentimiento no siempre se encuentra vinculado con cuestiones de género pero aún de ser así no puede perderse de vista el deslinde de competencias al que se aludiera al recordar la forma Federal de Gobierno imperante en el país y, en consecuencia, lo relativo a la necesidad de esclarecer en el Código Penal lo concerniente al consentimiento o a su ausencia.

Por otra parte, aunque vinculado con lo anterior, la opinión de quienes ante la novedosa legislación civil plantean una necesidad de repensar lo relativo al consentimiento con relación al grado de madurez de los menores es un tema que merecería ser analizado con la atención debida.

Así como la *Constitución Nacional en el art. 75 inciso 23* establece que estructuralmente los menores son uno de los grupos vulnerables allí consignados (con más las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad), que requieren por tanto -además- protecciones especiales (*cfr. arts. 3 y 4 de la Convención de los Derechos del Niño*), vale indicar que, justamente por ello, poner en crisis una de las únicas presunciones que tiene el Código Penal, como lo es la presunción *lure et de lure*, que no admite prueba en contrario, de que los menores de 13 años no prestan consentimiento para mantener trato sexual, para poder llevar adelante relaciones sexuales consentidas (de conformidad con lo dispuesto por el primer párrafo del *art. 119 del CP*), es algo que debe generar preocupación y por eso aquí se lo explicita.

Una cosa es el menor como sujeto de derecho, lo cual no sólo resulta totalmente válido y nadie lo pondría en discusión ya que es una *lucha ganada* desde el Derecho Civil y Comercial de la Nación, a la luz de la Convención de los Derechos del Niño; pero, otra muy distinta, de conformidad con esa misma Convención, de lo dispuesto por el *art. 3* en cuanto consagra al interés superior del niño que debe siempre primar, postular que el grado de madurez del menor y su estimación como sujeto de derecho, habilite a pensar que un menor de 13 años consiente una relación sexual.

En esa línea inclusive se expidió el legislador nacional cuando reformó lo concerniente al ejercicio de la acción penal para esa clase de delitos (*art. 72 del CP*) por lo que, al menos se infiere como necesario mantenerse en esa dirección toda vez que trastocar esa presunción dejaría al niño o niña en una situación de mayor vulnerabilidad que en modo alguno podría convalidarse.

En efecto, lo alegado no implica adoptar una postura paternalista como la de quienes estimaban al niño como objeto de derecho; sino que, justamente, busca no profundizar la situación de vulnerabilidad que por su condición de tal, estructuralmente, lo condiciona.

Al respecto sólo se habrá de adicionar que, en ese ilícito, la escala penal del *cuarto párrafo del art. 119 del CP*, en relación a dos supuestos, demuestra una falta de proporcionalidad y razonabilidad al contemplarlo todo en una misma escala; ello, al igual que acontece en relación a los delitos de lesiones culposas, *cfr. art. 94 segundo párrafo del CP*.

Por otra parte, en los delitos contra la integridad sexual algo que se debe remarcar es que, desde la incorporación de la figura del grooming en el *art. 131 del CP*, su tipificación obviamente era y es necesaria; aunque lo que se ha tipificado allí ha resultado insuficiente.

Ello así, al circunscribir los medios típicos a las comunicaciones electrónicas, las telecomunicaciones o cualquier otra tecnología de transmisión de datos; toda vez que lo que debiera ser ilícito, sin perjuicio de la estimación de supuestos calificados, es el contactar a una persona menor de edad, con el propósito de cometer cualquier delito contra la integridad sexual del niño o niña.

Es decir, por el medio que sea; porque, al tipificarse de ese modo al grooming, se consagra consecuentemente la atipicidad de las conductas que tienen lugar con la misma finalidad pero, por ejemplo, se realizan a través de un contacto en vivo, sin valerse de esos medios típicos o por otros.

En efecto, inclusive cuando se enseña esta figura delictiva se hace alusión a que el grooming alude al acoso o acercamiento a un menor ejercido por un adulto con fines sexuales; de modo tal que los medios típicos deberían resultar irrelevantes al menos para la estructura básica del tipo.

Precisamente, cuando se redacta un tipo penal, al delimitarlo como se lo hace en ese caso, sólo en relación a los medios establecidos allí expresamente, se consagra la atipicidad de conductas (*cfr. arts. 18 y 19 de la CN*) que, especialmente, requieren tutela.

Por eso se lo destaca a modo de crítica sin perjuicio de estimar como loable la tipificación de tal delito aunque *el legislador nacional* se quedara a mitad de camino al hacerlo.

En relación a este título vale destacar que, en la actualidad se alude a la **pornovenganza**, mas no existe como ilícito penal. No existe porque nunca debería estimarse en esos términos a la actitud que asume alguien para con una persona con quien, por ejemplo, mantenía una relación sentimental, sexual y/o afectiva y en el marco de ésta envió material de contenido sexual, íntimo, bien sean desde imágenes, videos o conversaciones enmarcadas en lo que hoy en día se conoce como "sexting".

En materia sexual bien se sabe que el bien jurídico es disponible para las partes, esto así en relación a los delitos contra la integridad sexual contemplados en el Título 3 del Libro Segundo del Código Penal. El límite entre la atipicidad y tipicidad de la conducta, primordialmente, estará dado en función del consentimiento y/o su ausencia, respectivamente.

Ahora bien, hablar de pornovenganza no podría ser válido ni admisible. Ello así, primero, porque el concepto de porno (pornografía), denota según la RAE: "*pornográfico, ca. Del fr. pornographique, y este*

de pornographie 'tratado sobre la prostitución', 'dibujo o publicación obscenos' e -ique '??ico'.

1. *adj. Perteneiente o relativo a la pornografía.*

2. *adj. Dicho de un autor: De obras pornográficas*"; y, el de venganza, también según la RAE, que es estimada como: "...venganza. De vengar y -anza. 1. *f. Satisfacción que se toma del agravio o daño recibidos. 2. f. desus. Castigo, pena...*"; lo cual hace que, en modo alguno, pueda hablarse de venganza como un criterio válidamente estimado a tales fines.

En efecto, la forma de aludir a un supuesto que, en muchos casos, por el género de las personas que mayormente resultan víctimas de estos hechos - perspectiva de género mediante- haga estimable el análisis del caso como un supuesto enmarcado en violencia de género, precisamente y, por tanto, llevaría a estimar irrazonable y arbitraria a la denominación de estos supuestos como pornovenganza toda vez que se condena a la víctima. Se insiste, incluso, por la forma de aludir a un supuesto en que, oblicuamente, si es objeto de venganza parecería ser culpable.

Así, nada más alejado que ello para dar cuenta de la novedosa conducta que se popularizara en estos últimos años (fundamentalmente por los avances de la tecnología y el incremento de su uso, sobre todo a partir del distanciamiento social obligatorio producto de la Pandemia por Covid).

A todo evento, frente a la no tipificación expresa de tal supuesto en el Código Penal, podría válidamente ser subsanada con la legislación vigente mediante la aplicación al caso de, en principio, tres supuestos.

Primeramente, teniendo en cuenta que, si al anuncio de un mal, futuro, grave, cierto, posible, entre otros caracteres del delito contra la libertad de amenazas [13], se le sumase que dicho mal fuera difundir, publicar, revelar y/o hacer conocer en definitiva a un número determinado o indeterminado de personas aspectos que hacen a la intimidad de una persona y sobre los que en ningún momento se consintiera en su difusión, ese anuncio bien podría implicar la adecuación para con el tipo penal de amenazas que, atento a las características propias de las conductas desplegadas en esos supuestos se podrían corresponder mayormente con el delito de coacción.

Es decir, en principio y como regla, cabría remitirse a los delitos contra la libertad.

De todos modos, vale señalar que podría resultar aplicable ante hechos de esta entidad, algunos de los ilícitos contemplados en el mismo Título 5 (delitos contra la libertad), en el Capítulo 3, relativo a la violación de secretos y de la privacidad[14].

A su vez, en caso en que hubiera una demanda adicional de contraprestación que menoscabe asimismo al bien jurídico propiedad, podría entonces ser estimado como un ilícito pluriofensivo; esto es, como delito de extorsión, en tanto, además afecta la libertad de la persona y entonces bien podría ser aplicado.

Supuestos todos que, según la plataforma fáctica analizada en cada caso en concreto, podría habilitar la aplicación de las reglas concursales previstas en el Código Penal, *cfr. arts. 54 y 55*.

Finalmente, en similar sentido, resulta relevante recordar los ilícitos contra el honor previstos en el Título 3 del Libro Segundo, ante la eventual injuria en la que el agente del delito incurriera.

Todo lo cual, en sintonía con la **Ley Olimpia N° 27.736** que modifica a la ley 26.485, sobre protección *integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres*, en relación a la adición de la **violencia digital**, a su contemplación, a tales fines.

Concretamente, en tanto y en cuanto establece en su parte pertinente que "...Artículo 1°- *Incorpórase como inciso h) del artículo 2° de la ley 26.485, el siguiente texto: h) Los derechos y bienes digitales de las mujeres, así como su desenvolvimiento y permanencia en el espacio digital. Artículo 2°- Modifícase el inciso d) del artículo 3° de la ley 26.485, el cual queda redactado de la siguiente forma: d) Que se respete su dignidad, reputación e identidad, incluso en los espacios digitales. Artículo 3°- Modifícase el artículo 4° de la ley 26.485, el cual queda redactado de la siguiente forma: Artículo 4°: Definición. Se entiende por violencia contra las mujeres toda conducta, por acción u omisión, basada en razones de género, que, de manera directa o indirecta, tanto en el ámbito público como en el privado, en el espacio analógico digital, basada en una relación desigual de poder, afecte su vida, libertad, dignidad, integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial, participación política, como así también su seguridad personal. Quedan comprendidas las perpetradas desde el Estado o por sus agentes. Se considera violencia indirecta, a los efectos de la presente ley, toda conducta, acción, omisión, disposición, criterio o práctica discriminatoria que ponga a la mujer en desventaja con respecto al varón. Artículo 4°- Incorpórase como inciso i) del artículo 6° de la ley 26.485, el siguiente texto: i) Violencia digital o telemática: toda conducta, acción u omisión en contra de las mujeres basada en su género que sea cometida, instigada o agravada, en parte o en su totalidad, con la asistencia, utilización y/o apropiación de las tecnologías de la información y la*

comunicación, con el objeto de causar daños físicos, psicológicos, económicos, sexuales o morales tanto en el ámbito privado como en el público a ellas o su grupo familiar. En especial conductas que atenten contra su integridad, dignidad, identidad, reputación, libertad, y contra el acceso, permanencia y desenvolvimiento en el espacio digital o que impliquen la obtención, reproducción y difusión, sin consentimiento de material digital real o editado, íntimo o de desnudez, que se le atribuya a las mujeres, o la reproducción en el espacio digital de discursos de odio misóginos y patrones estereotipados sexistas o situaciones de acoso, amenaza, extorsión, control o espionaje de la actividad virtual, accesos no autorizados a dispositivos electrónicos o cuentas en línea, robo y difusión no consentida de datos personales en la medida en que no sean conductas permitidas por la ley 25.326 y/o la que en el futuro la reemplace, o acciones que atenten contra la integridad sexual de las mujeres a través de las tecnologías de la información y la comunicación, o cualquier ciberataque que pueda surgir a futuro y que afecte los derechos protegidos en la presente ley...”

Por lo demás, así como en todo el Título de los delitos contra la integridad sexual, oblicuamente se desalienta la actividad sexual de los menores sobre lo que claro está cobra singular valor el tema del consentimiento, vale preguntarse si no sería acaso momento de pensar la agravante del *cuarto párrafo del art. 119 del CP*, en orden a que *“...f) El hecho fuere cometido contra un menor de dieciocho (18) años, aprovechando la situación de convivencia preexistente con el mismo...”*.

Se afirma ello en el entendimiento que debería contemplarse la agravante por la sola edad de la víctima, menor de 18 años (como sucede en varios otros ilícitos del Código Penal, como por ejemplo *arts. 142 bis del CP*, entre otros); es decir: niño para la República Argentina, conforme *art. 1° de la CDN y el CCyCN*, como por ejemplo e incluso se alude en los artículos del mismo Título, *arts. 126 y 127 del CP^[15]*.

Asimismo, no debe perderse de vista al habitual planteo de inconstitucionalidad que se articula contra el *art. 133 del CP*, por menoscabo al *principio de culpabilidad por el acto y a los principios de razonabilidad y proporcionalidad de las penas* en tanto allí se estipula que *“...Los 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 a la perpetración de los delitos comprendidos en este título serán reprimidos con la pena de los autores...”*; equiparando a todos los que cooperan en la perpetración de ilícitos del Título, excepcionando de ese modo las reglas de participación previstas en los *arts. 45, 46 y 47 del CP*.

Es decir, a partir de lo señalado podría analizarse primero si es razonable esa no diferenciación y, por tanto, traspasa el test de constitucionalidad -equiparación razonable a la luz del bien jurídico y los fundamentos de política criminal que le dan base a esa disposición general- o si por el contrario ante una eventual irrazonabilidad -léase: equiparación arbitraria- se menoscaban aquellos principios y, por tanto, correspondería en su caso tachar de inconstitucional a la norma en cuestión y aplicar las reglas de la parte general para todos esos casos.

Además, las investigaciones y/o eventuales condenas que muchas veces se emiten contra las madres en función de lo normado por el *art. 133 del CP* terminan siendo una especie de comisión por omisión -según el supuesto fáctico reprochado- sobre la cual habría que investigar, juzgar y/o sancionar con perspectiva de género ya que, el contexto, puede determinar la imposibilidad de intervenir en el curso causal para evitar el resultado o desviarlo. Aspectos todos que, por eso mismo, merecen sus reparos.

6. Parte especial. Delitos contra el estado civil

En este orden expositivo, del Título IV, la crítica estará vinculada al delito de simulación de matrimonio (*art. 135 inciso 2° del CP*), consagrado como ilícito dentro de los delitos contra el Estado Civil. Justamente, no debería ser un delito contra el Estado civil porque no hay afectación al bien jurídico aún cuando el otro contrayente, el de buena fe, pueda verse afectado toda vez que el Estado Civil como tal se mantendría incólume sin modificaciones, sin verse alterada -entre otras cuestiones- la aptitud nupcial para contraer un matrimonio válido aunque desde su creencia, errónea por cierto, pudiera estimar que al estar legalmente casado no se encuentra habilitado para contraer un matrimonio válido o bien, de hacerlo, podría considerar que incurriría en bigamia.

A todo evento, desde un Derecho Penal mínimo, esa simulación podría ser penalmente reprochable, si fuese empleada como un medio para cometer -por ejemplo- un delito contra la integridad sexual, la propiedad, etc..

Este Título aborda una de las tantas cuestiones en las que no sólo se advierte la desactualización del Código Penal en relación al “nuevo” Código Civil y Comercial de la Nación sino que, además, en cuanto al lenguaje empleado, por ejemplo, en esta como en varias disposiciones se podría hablar de persona gestante y no de la mujer o madre.

En cuanto al vocabulario empleado, queda claro que resultaría necesario adecuarlo, por ejemplo, en esta norma: “...**ARTICULO 139.-** *Se impondrá prisión de 2 a 6 años: 1. A la mujer que fingiere preñez o parto para dar a su supuesto hijo derechos que no le correspondan...*”.

Por otra parte, correspondería repensar si algunos delitos no deberían permanecer o bien pasar a la esfera administrativa, ante la eventual responsabilidad de, en su caso, los funcionarios públicos que omiten cumplir con los recaudos establecidos para la celebración de un matrimonio válido. Ello tal como se consagra en el *art. 136 del CP[16]*.

Al igual que en relación a uno de los delitos allí tipificados en donde no podría hablarse de afectación al bien jurídico. De modo tal que, sin lesividad constatada, atento el carácter fragmentario del Derecho Penal, es que no correspondería que fuera así tipificado como tal.

En torno a esto último se alude al *art. 135 inciso segundo del CP*: “...2º. *El que engañando a una persona, simular matrimonio con ella...*”; más allá del reproche penal que, en su caso, podría efectuársele al que engaña, de cometer algún ilícito, como por ejemplo, un delito contra la integridad sexual, mas no en este caso porque al simular matrimonio el error en el que eventualmente la persona incurriera, ulteriormente, por considerar que ha celebrado un matrimonio en debida forma y que por eso ha perdido su condición de soltera para poder celebrar un matrimonio válido -ante la prohibición de bigamia en la República- en modo alguno podría implicar, ese error, en una afectación concreta, real, por sobre el bien jurídico estado civil que, justamente, ante la simulación no se ha modificado.

Asimismo, la equiparación consagrada en este Título recibe similares reparos para con lo consignado en torno al *art. 133 del CP*. Esto último en relación al: “*Capítulo II. Supresión y suposición del estado civil y de la Identidad. ARTICULO 139 bis - Será reprimido con reclusión o prisión de 3 a 10 años, el que facilitare, promoviere o de cualquier modo intermediare en la perpetración de los delitos comprendidos en este Capítulo, haya mediado o no precio o promesa remuneratoria o ejercido amenaza o abuso de autoridad...*”; pues, si bien el Código Penal en reiteradas oportunidades tipifica ilícitos penales mediante la alusión a los verbos “facilitar” o “promover”, el agregado que allí se explicita en orden al que “de cualquier modo intermediare”, coloca en un pie de igualdad a sujetos que, en principio, justamente, por los principios constitucionales de razonabilidad, proporcionalidad y humanidad de las penas, como así también en orden al *principio de culpabilidad* por el acto no podría equiparárselos.

7. Parte especial. Delitos contra la libertad

Al respecto, aludir al concepto de esclavitud cuando bien se sabe que ésta es una condición jurídica abolida desde la Asamblea del año '13, con más lo dispuesto en 1853-1860 en la carta magna (*art. 15 de la CN*), es algo que debiera lamentablemente llamarnos la atención ante la actual tipificación del *art. 140 del CP* con el que comienza el Título.

Ahora bien, ante la posible alusión a la afectación al *principio de legalidad* o bien la configuración de un supuesto de *ley penal en blanco*, cuando se analiza al delito de trata (*arts. 145 bis y 145 ter del CP*) se advierte que en su tipificación no se explicitan cuáles son los fines de explotación a los que la figura alude. Esa remisión que *hace el art. 145 bis del CP* necesita completarse con una norma, pero esa norma es de idéntica jerarquía normativa (legal, cfr. citado *art. 75 inciso 12 de la CN*).

Es decir, la figura penal se completa recurriendo a una ley especial, la *ley 26.364, art. 4º* que, junto con los Instrumentos Internacionales que en la materia fueran suscriptos por la República, Protocolo de Palermo entre algunos de los que podrían citarse, para saber de qué, justamente, se trata ello. Esto es, los fines de explotación como elemento del tipo necesario para su configuración típica deben estimarse mediante la ponderación de lo dispuesto en el artículo 4º de esa ley.

De esta manera puede concluirse que la tipificación de tal ilícito es válida sólo que, en su caso, desde lo metodológico podría mejorarse aquello, estableciéndolo todo en el Código Penal.

En cuanto a la deficiente redacción de un tipo penal, uno de los mejores ejemplos que se puede encontrar en el Código Penal (copiado inclusive), es la parte final del *art. 142 bis inc. 2º del CP* que se reitera en el mismo sentido en el *art. 170 inc. 2º del CP*. Ello así, en cuanto a la reducción de pena allí establecida.

En otro de los temas novedosos de este Título (para la centenaria historia del Código Penal), sobre el *art. 148 bis del CP*, uno de los delitos contra la libertad que tiene que ver con la explotación del trabajo infantil, resultaría adecuado pensar en modificar al mencionado artículo que conforme su redacción trastoca la propia finalidad.

En efecto, ante la necesidad de dictar medidas de acción positiva para proteger a un grupo estructuralmente vulnerable, conforme lo reconoce el propio *art. 75 inciso 23 de la CN* que ya fuera citado, en línea con la *Convención sobre los Derechos del Niño* y los distintos *Instrumentos de Derechos*

Humanos y de la OIT que han sido suscriptos por Argentina, con más la Ley de Contrato de Trabajo dictada a nivel nacional; en relación al *tercer párrafo* del mencionado *art. 148 bis del CP*, lo que ahí se exceptúa debería ser sancionado como delito. Esto así, no solamente que sea consagrado -en sentido contrario- como una conducta típica, merecedora de reproche penal, sino inclusive pensarlo como una agravante por el vínculo.

Finalmente, aludiendo a afectaciones a la libertad, no puede desaprovecharse esta ocasión, la conmemoración de los 100 años de la legislación penal para dejar asentada la posición contraria a que no sea agravada la privación ilegítima de la libertad cometida en perjuicio de los descendientes.

Esto último ya que, en algún punto, se ha sostenido que esto tenía que ver con las facultades disciplinarias que en el ejercicio de la patria potestad podían ejercer los ascendientes respecto de sus descendientes, lo cual ya de por sí merece reproche ante la falta de adecuación de la legislación penal para con el CCyCN (conforme se indicara al comienzo de este trabajo) y, aún cuando ello fuera reprimido desde la figura básica, lo dispuesto en el *art. 142 inc. 2° al igual que en el art. 142 bis. inc. 2° y en el 170 del CP*, en cuanto los excluye expresamente, merece ser cuestionado y por eso aquí se lo hace toda vez que tal vínculo debiera configurar -como en los otros casos que allí se explicitan- una agravante.

Es decir, en idéntico sentido, para todos los supuestos, cabe indicar que también a su respecto, en las calificantes, los excluye expresamente; cuando teniendo en cuenta las reformas que se han establecido en el CCyCN y la jerarquía constitucional de la Convención de los Derechos del Niño, entre otras disposiciones normativas, fundamentalmente, es que ello en modo alguno podría ser avalado y por eso se lo cuestiona en este apartado.

En el Capítulo I de los delitos contra la libertad individual, cuando se estudian los problemas del lenguaje empleado en la legislación, se advierten, por ejemplo, los problemas que se presentan ante agregados que no resultan necesarios porque no aportan nada, como al expresar en el *art. 140 del CP[17]*: “bajo cualquier modalidad”; pues, lo redundante se debe a que, sin decirlo, el tipo penal ya estaría completo porque donde no se distingue no se debe distinguir y esa aclaración nada aporta al respecto.

Por otra parte, si bien no se trataría de un tipo penal en blanco y/o de una disposición legal que menoscabe la distribución de competencias establecida en el *art. 75 inciso 12 de la CN*, el delito de Trata de Personas, su tipificación no se completa mediante la lectura del Código Penal argentino sino que es necesario recurrir a una ley complementaria del Código Penal que, aunque no menoscabe el *principio de legalidad*, si le resta claridad expositiva.

Se alude en este aspecto a los fines de explotación que no están determinados en el *art. 145 bis del CP*, sino que se requiere recurrir a la legislación complementaria; en tanto allí se contempla que “...Será reprimido con prisión de cuatro (4) a ocho (8) años, el que ofreciere, captare, trasladare, recibiere o acogiere personas con fines de explotación, ya sea dentro del territorio nacional, como desde o hacia otros países, aunque mediare el consentimiento de la víctima...”.

Concretamente, en 2002 se ratificó el Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de personas, especialmente de mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (conocido como Protocolo de Palermo); en línea con la ley N° 26.364 de Prevención y Sanción de la Trata de Personas y Asistencia a sus Víctimas, modificada por ley N° 26.842 para conocer cuáles son los fines de explotación a los que la figura penal alude en su tipificación.

En relación a otro ilícito de este Título, en cuanto a las innovaciones y avances tecnológicos, de conformidad con el bien jurídico y con el sub-bien jurídico del delito de **violación de domicilio**, *cfr. art. 150 del CP*, en orden a la intimidad como esfera de la libertad, es que no puede perderse de vista que el empleo de drones para el “ingreso” a través de la registración fílmica mediante ellos, podría configurar el verbo típico del *art. 150 del CP*: “Será reprimido con prisión de seis meses a dos años, si no resultare otro delito más severamente penado, el que entrare en morada o casa de negocio ajena, en sus dependencias o en el recinto habitado por otro, contra la voluntad expresa o presunta de quien tenga derecho de excluirlo...”.

Por tanto, *principio de legalidad* mediante, parecería que “el que entrare” aludiera a un despliegue físico del agente no de un objeto del que el agente del delito se vale, como instrumento, para entrar. Mas, desde el mencionado *principio de legalidad* y *mínima intervención penal*, ello podría ser cuestionable aunque, desde lo fáctico la dañosidad (lesividad), sería equiparable en cuanto a los efectos (menoscabo a la intimidad).

De modo entonces que, conforme *arts. 18 y 19 de la CN*, parecería que correspondería efectuar, en principio, una interpretación restrictiva pero la posibilidad de su planteo y/o acogimiento, claro está, existe y por eso aquí se postula como hipótesis.

A su vez, existen una serie de delitos en los que el título, la rúbrica del Capítulo, queda demasiado grande para lo escueto de la tipificación.

Concretamente, entre las disposiciones que podrían mencionarse como cuestionables por lo acotado de su tipificación están los delitos contra la libertad de trabajo y asociación, como así también los delitos contra la libertad de prensa[18].

En efecto, son tantos los supuestos que no quedan abarcados, sobre todo en los delitos contra la libertad de prensa que, a veces sería más sano reconocer el carácter subsidiario del derecho penal y no hacer que se contemplan supuestos como ilícitos penales cuando en realidad no se los regula en concreto (la mera mención en un título no bastaría) y para lo que la sociedad implícita o explícitamente reclama.

8. Parte especial. Delitos contra la propiedad

En cuanto a los delitos contra la propiedad, claro está que por tratarse de uno de los Títulos sobre los que mayor criminalización secundaria se advierte varias serían las cuestiones a destacar.

Ante ello, el análisis se circunscribirá a algunas cuestiones como por ejemplo lo problemático de algunos conceptos como el de la agravante del robo por su comisión en banda, *cfr. art. 166 inc. 2° y 167 inc. 2° del CP*, la necesidad de establecer si es o no la banda -del robo- un sinónimo en cuanto a la asociación ilícita o *banda del art. 210 del CP*; lo mismo en cuanto a la agravante por la pluralidad de intervinientes que debería unificarse un criterio y regularlo del mismo modo para todos los supuestos.

Es decir, unificar el alcance de la agravante (más allá de los ilícitos contra la propiedad), no sólo por los problemas interpretativos que acarrea la tipificación de la calificante del robo basada en su comisión en *banda*, sino porque resultaría más lógico sostener un único criterio que, en su caso, considere adecuado proceder a aumentar el reproche penal en relación a un dato que pudiera cuantitativamente acreditarse. Esto es, desde lo objetivo, tal como sucede cuando se alude a delitos cometidos por *dos o más personas*; es decir, número mínimo 3 cuando el Código Penal comienza la tipificación del ilícito mediante la alusión al *que (el que)*.

Vale al respecto aludir al *apartado A del art. 119 del CP* en los delitos contra la integridad sexual o bien a la agravante del secuestro. Ello para brindar coherencia al ordenamiento penal argentino y es por tal motivo que aquí se lo cuestiona.

Sentado lo anterior, retomando lo relativo a los delitos contra la propiedad, un problema que se presenta y que se naturaliza o ni siquiera se analiza, es que un robo calificado por el uso de arma de fuego que no fuera hallada y/o de la que no se hubiera acreditado por ejemplo su aptitud para el disparo, en los términos de lo dispuesto por el tercer párrafo del *art. 166 inciso segundo del CP*, tiene prevista una pena menor que el robo cometido con un cuchillo no encontrado, conforme lo dispuesto en aquel *artículo e inciso en su primer párrafo*; cuando queda claro que las armas a las que en cada supuesto se aluden merecían justamente un tratamiento contrario.

Asimismo, todo lo relativo a *las muertes que tienen lugar con motivo u ocasión de un robo*, ante la doble fuente normativa que impera en nuestro Código Penal, con respecto al latrocinio del *art. 165 del CP*, de origen español y *el art. 80 inciso 7° del CP*, proveniente este último del derecho italiano, es un aspecto que -como se sabe- requiere una urgente y clara dilucidación desde la legislación para evitar el escándalo jurídico que se advierte ante el diverso encuadre legal que en el país se le da a similares supuestos desde lo fáctico, con lo grave que ello resulta. Ni más ni menos que por la pena prevista para uno de ellos. Ni más ni menos que perpetua.

A su vez, como ya se indicara al principio, las *reformas parches* afectan la sistemática del Código y qué mejor ejemplo es de ello lo que ha acontecido ante la regulación del capítulo especial de abigeato.

La potencial afectación al *principio de legalidad*, en cuanto a la necesidad de consagrar un tipo penal cerrado en el *art. 172 del CP* -parte final- al aludir a la expresión *valiéndose de cualquier otro ardid o engaño*; al igual que con relación a lo dispuesto en el delito de daño, *art. 183 del CP* y la fórmula con la que también se cierra ese tipo penal de estructura alternativa, mediante la expresión: *de cualquier modo dañare*.

En relación a los delitos contra la **propiedad**, por ejemplo, el delito de robo agravado por el uso de arma, lleva a estimar como necesario analizar la diferencia explícitamente consagrada -en cierta forma, de modo irrazonable- al considerar que merece mayor pena un delito contra la propiedad de robo cometido con un cuchillo que no se secuestra que con un arma de fuego que no se secuestra.

Esto así, con independencia de la voluntad del legislador, al menos de lo que quedó plasmado en los *párrafos primero y tercero del inciso segundo del art. 166 del CP[19]*, conforme las escalas penales allí

establecidas.

Asimismo, esto es así afirmado porque, queda claro que, la primaria intención del legislador fue diferenciar entre armas, en general y las de fuego, conforme citado artículo y, en lo sustancial, *párrafos primero y segundo*, por lo que no parecería razonable el mínimo de 5 años de prisión o reclusión para un robo cometido con, por ejemplo, un cuchillo de cocina que no se secuestra que el ilícito que fuera cometido con un arma de fuego no secuestrada y de la que no se hubiera podido acreditar, consecuentemente, su aptitud para el disparo, sobre el cual se ha determinado en la escala penal, 3 años de prisión o reclusión como mínimo.

En este Título también llama la atención que, por primera y única vez, se aluda en la rúbrica de uno de los capítulos, al sujeto activo del delito y no al bien jurídico. Esto así, en relación al Capítulo V denominado: “Quebrados y otros deudores punibles”.

A su vez, en el estudio de la Parte Especial queda claro que existe un caso que se contempla en lo que, en doctrina, se conoce como criminalización primaria, es decir que desde la “fotografía” que pudiera tomarse en torno a quién realiza un grafitti en la vía pública y, sobre quien, con un altísimo grado de probabilidad no se investigará su participación ni ulteriormente recaerá reproche penal, porque como bien se ve en el paisaje contemporáneo -sobre todo urbano- termina siendo una “conducta socialmente aceptada” como en doctrina se lo denomina; lo que sí puede decirse es que, si cualquier operador del sistema le preguntara a los frentistas de los domicilios en donde quedan plasmadas esas demostraciones de arte callejero, con un alto de probabilidad ellos no lo considerarán del mismo modo; sobre todo cuando compulsen el Código Penal y adviertan que, objetivamente, ello configura el delito de daño.

Finalmente, al menos en lo que a este título concierne; la necesidad de adecuar el Código Penal conforme el CCyCN al -tal como se hiciera hincapié en varios pasajes de esta presentación- es algo que se advierte además en el delito de encubrimiento, como se indicará luego al abordar al *art. 277 del CP*.

Mas, previo a ello, en este apartado corresponderá evaluarlo para con lo consignado en el *art. 185 del CP*, particularmente al inciso primero de las disposiciones generales de los delitos contra la propiedad; en tanto allí, esa *excusa absolutoria*, solamente se limita a los sujetos expresamente establecidos en esa disposición cuando debería haberse actualizado su alcance de conformidad con las nuevas relaciones familiares previstas en el CCyCN.

Esto último sin perjuicio de destacar que esta regla también debería admitir excepciones, perspectiva de género mediante y de conformidad con lo dispuesto por los Instrumentos de Derechos Humanos con y sin jerarquía constitucional, entre otros por la *Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer. CONVENCIÓN DE BELEM DO PARÁ (art. 7°)* y, en base al criterio de la CSJN, plasmado en el precedente “Góngora”, [20] en línea con lo allí consignado y resuelto, respectivamente, pues permite afirmar que lo contemplado en la referenciada *excusa absolutoria* bien podría configurar un supuesto de violencia de género bajo la modalidad de violencia económica y por eso se señala esto a los fines de pensar una reforma legislativa -al menos parcial que contemple alguna excepción- o bien una interpretación con perspectiva de género en el caso en concreto.

Ello así, para de ese modo evitar que la República pueda incurrir en responsabilidad internacional, de conformidad -entre otros- con lo normado por los *arts. 27, 31, 75 inciso 22 de la CN, en función de los arts. 1 y 2 de la CADH, la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer y el art. 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados*, entre otros, además de los citados.

9. Parte especial. Delitos contra la seguridad pública

Los cuestionamientos efectuados habitualmente para con la ponderación de antecedentes como agravante, de conformidad con la alusión al derecho penal de acto y no al de autor, con más la prohibición de múltiple persecución penal, léase: *ne bis in ídem*, atento la afectación a los *principios de inocencia y culpabilidad* que se esgrime ante disposiciones como la del *art. 189 bis apartado segundo, octavo párrafo del CP*, deben señalarse; mas, la equiparación allí efectuada para con la situación de registrar antecedentes penales por delitos dolosos en los que, a todo evento, podría estimarse que existe una advertencia real sobre una persona porque ha recaído una condena a su respecto y se lo ha declarado culpable por sentencia firme (para convalidar en su caso tal pauta aumentativa del reproche penal), para con una situación dispar, es algo que merecería al menos un cierto reparo pues no es lo mismo -justamente- aludir al registro de un antecedente penal por delito doloso que hablar de la existencia de una exención de prisión o excarcelación, donde el *principio de inocencia* cobra singular relevancia.

A 100 años de vigencia del Código Penal argentino ya es tiempo que los delitos contemplados en la ley complementaria del Código Penal, ley 23.737 y sus modificatorias, integren el texto del Código, incluso

como debería acontecer con otras leyes complementarias, así por ejemplo como lo plasmara la Comisión de Reforma Integral al Código Penal, con el Proyecto de 2018 elevado al Congreso Nacional para su tratamiento (pero sin tratamiento).

Es más, puede pensarse que, si efectivamente los ilícitos de la ley de estupefacientes, los tipos penales allí contemplados estuvieran explicitados en el TÍTULO VII del Libro 2 sobre “DELITOS CONTRA LA SEGURIDAD PUBLICA”, seguramente ello facilitaría la demostración de porqué algunos casos que son así enjuiciados, procesados y juzgados, en realidad carecerían de relevancia penal a la luz de los *principios de autonomía* (cfr. art. 19 de la CN) y, fundamentalmente, en función del bien jurídico del Título en cuestión.

Por lo demás, en cuanto a la novedosa instrumentación de la pena de multa contemplada bajo lo que se ha denominado como Unidades Fijas, a los fines de evitar extensiones desmedidas sobre un aspecto muy cuestionable, por cierto, sólo se habrán de referenciar los principios constitucionales que entran en juego. Ello, sobre todo, ante los habituales planteos de inconstitucionalidad que desde su consagración normativa se han efectuado.

Se hace alusión a los *principios de legalidad* (ante la remisión al valor de un formulario de inscripción de operadores en el Registro Nacional de Precursores Químicos, para la determinación de cada Unidad Fija[21]; es decir, no por el Poder Legislativo Nacional, cfr. arts. 1°, 18, 19, 28 y 75 inciso 12 de la CN, entre otros); *Republicano de Gobierno y división de poderes* (particularmente, art. 1° de la CN); *culpabilidad por el acto; razonabilidad; proporcionalidad y humanidad de las penas*; estos últimos en relación al injusto cometido, disvalor de acción y resultado, con más *los fines de la pena* constitucional y convencionalmente consagrados) e *igualdad ante la ley*, por la diferencia que se evidencia entre quienes tienen recursos y quienes no, sin rompimiento del mínimo, sobre todo ante las habituales 45 Unidades Fijas que se determinan para los que, mayormente, son procesados y condenados en la provincia de Buenos Aires, en orden a lo dispuesto en el art. 5 inciso “c” de la ley 23.737 y, por cuanto, oblicuamente, muchos deberán cumplir más tiempo de privación de la libertad al no poder afrontar el pago de una multa millonaria y procederse a la conversión de la multa en días de prisión. Todo lo cual rompe además, el esquema proyectado incluso como regla en los arts. 40 y 41 del CP[22], por el Legislador Nacional.

10. Parte especial. Delitos contra el orden público

Como bien se ha destacado en la introducción de este trabajo, al analizar normas también se presenta un problema adicional cuando el Código Penal -como ley- resulta redundante y/o contradictorio.

Esto tiene que ver, por ejemplo, con la remisión que se hace en un tipo de la Parte Especial -de este Título- a cómo individualizar la pena del art. 209 del CP, en cuanto tipifica la instigación pública a cometer delitos, por cuanto al aclarar que la pena se establecerá en esa escala penal de conformidad con la gravedad del delito y las demás circunstancias establecidas en el art. 41 del CP, cabría preguntarse cuál es la razón por la que expresamente lo distingue en ese caso y no en otros cuando esa es la regla para la individualización de las penas temporales.

11. Parte especial. Delitos contra la seguridad de la Nación

Dentro de los delitos contra la seguridad de la Nación, reprimidos a partir del art. 214 del CP, la traición tipificada en el capítulo primero, es un delito que, conforme está redactado en aquella norma desde hace 100 años, fácilmente se reconoce que se encuentra tipificado en contra de lo que la Constitución Nacional proclama, siendo además el único caso en que la Constitución tipifica expresamente una conducta como ilícito penal.

En efecto, más allá de lo que se recordara en cuanto a que fueron las Provincias -preexistentes a la Nación- las que delegaron en el Congreso de la Nación el dictado de un código unificado para toda la República; es decir, a pesar de esto, los convencionales constituyentes de 1853-1860 (manteniéndose tal criterio en las sucesivas reformas del Siglo 21), establecieron el delito de traición a la patria en el art. 119 de la CN (conforme numeración actual).

Tal es así que el Poder Legislativo Nacional, ante ello, sólo debía imponer una pena al ilícito allí descripto. Mas, como se remarcará, al legislarse el delito de traición a la patria en el Código Penal, se excedió el Congreso y obviamente esto -el exceso- debe ser estimado como inconstitucional pues debieran limitarse los supuestos alternativos del tipo penal, a las conductas típicas previstas en la carta magna. Esto es, únicamente: tomar las armas contra ella (la Nación) o en unirse a sus enemigos prestándoles ayuda y socorro.

Por otra parte, la necesidad de interpretar de manera dinámica por ejemplo ante el delito previsto en el art. 224 del CP, particularmente entre los delitos que comprometen la Paz y la Dignidad de la Nación, resulta necesaria, pues queda claro que hace 100 años -por ejemplo- no existían los drones. Ello, en cuanto

a la alusión a *levantar planos* o a *introducirse con tal fin, clandestina o engañosamente en dichos lugares de otro modo*. De allí la relevancia de efectuar una interpretación dinámica, respetuosa del *principio de legalidad penal*.

12. Parte especial. Delitos contra los poderes públicos y el orden constitucional

El *art. 227 ter del CP* es analizado muchas veces como una agravante genérica prevista en la Parte Especial, en el Libro Segundo, pero cuando dice *cualquier delito*, como está establecida esa expresión en los *Delitos contra los Poderes Públicos y el Orden Constitucional*, en el Capítulo I denominado *Atentados al orden Constitucional y a la Vida Democrática*, podría estimarse a la agravante sólo para cualquier delito de ese capítulo.

13. Parte especial. Delitos contra la administración pública

El mayor ejemplo de desprolijidad se advierte en cómo están tipificados el cohecho activo y el cohecho pasivo; cuál aparece primero, cuál segundo; sobre todo cuando se trata el cohecho pasivo de un delito de codelinuencia necesaria.

Así, primero debería consagrarse legislativamente el cohecho activo, luego el pasivo y no mezclarlo ni tampoco en el medio complejizar la cuestión -ya de por sí compleja y desprolija- con la tipificación del delito de tráfico de influencias y/o con las figuras agravadas de esos distintos supuestos.

Se insiste, la simple lectura de aquellos artículos, demuestra la desprolijidad que debería subsanarse a través de una reforma que sistematice de manera adecuada.

En cuanto al léxico del Código Penal deberían dejarse de emplear términos alusivos al sujeto activo, agente del delito, como por ejemplo *reo*, *delincuente*, tal como se consagra en la tipificación de ilícitos como el previsto en el *art. 238 del CP* -por citar un ejemplo- o el *culpable*, cuando bien se sabe que el agente del delito no revestirá tal condición -esta última- hasta que no se obtenga una sentencia firme que así lo consagre luego del debido proceso -juicio previo- que así lo declare, *cfr. art. 18 de la CN*.

En efecto, a nadie se le ocurriría tipificar en el *art. 79 del CP* el delito de homicidio como *el culpable que matare a otro*; ni mucho menos, acusar de ese modo.

Tal es así que, aunque parezca una nimiedad destacarlo o quizás un juego de palabras, cabe indicar que no se le puede imputar un delito a un culpable para después a su vez declararlo culpable.

De allí lo cuestionable de esa expresión, la de *reo* o *delincuente*; aunque estas últimas merecen sus reparos más por el adecuado uso del lenguaje que por razones técnicas como las alegadas para el primer supuesto (*culpable*).

En este aspecto, inclusive, parecería entonces que *el legislador* se hubiera *aburrido* de aludir al sujeto activo como *el que* y recurriera entonces a expresiones alternativas pero que deben cuestionarse por lo pregonado.

Asimismo, vale aprovechar esta última observación para destacar que como no podía ser de otro modo, en un Código Penal sancionado en el marco de un contexto en donde -según el Código Civil de Vélez Sarsfield- la mujer era aún considerada una persona incapaz, el sujeto activo para quien se pensaba dirigido el Código Penal y la tipificación de figuras delictivas *no podía ser más que para un hombre*.

De allí la visión sesgada que en materia de género y lenguaje pueda advertirse; lenguaje sexista en realidad que responde a los estereotipos y roles asignados históricamente (y, obviamente, también en 1921), en torno al comportamiento esperado en hombres y mujeres y, por ello al menos vale destacarlo en este apartado aunque mucho pudiera haberse dicho al respecto en general y sobre todo en los que fueran llamados hasta hace poco tiempo delitos contra la honestidad (actual Título de los delitos contra la integridad sexual).

A su vez, debería repensarse la *temporada de enriquecimiento*, como suele denominársela de conformidad a lo normado en el *art. 268 apartado 2° del CP*.

Ello así, en sentido genérico (para no adentrarse en los caracteres de la figura que merecerían un análisis mucho más profundo), en cuanto se toma para la tipificación de la conducta el enriquecimiento que tuviera lugar con posterioridad a la asunción de un cargo o empleo público y hasta 2 años después de haber cesado en su desempeño.

De modo tal que la atipicidad del aumento del activo y/o disminución del pasivo, léase enriquecimiento patrimonial apreciable suyo o de persona interpuesta para disimularlo -aludiendo así, en sentido genérico,

a los alcances del ilícito- pero que tuviera lugar antes de la asunción, es un aspecto que podría dejar impunes supuestos que merecerían al menos ser sometidos a investigación penal, toda vez que no resultaría razonable no efectuarle reproche penal por ello.

Así, no puede más que concluirse que la *temporada de enriquecimiento*, a los fines típicos, debería ser revisada y por ende, también, modificada en la dirección señalada.

Por otra parte, en cuanto a una de las figuras más cuestionadas en los últimos años que es la del *arrepentido*, importante resulta compartir una reflexión ante la novedosa incorporación al Código y en este Título del *art. 276 bis del CP*.

En efecto, ni bien se sancionó tal delito contra la administración de justicia, entre los delitos contra la administración pública, pudo advertirse a través de su simple lectura la naturaleza jurídica del *arrepentido*.

Justamente, así puede válidamente inferirse que se trata de un *testigo*, porque está previsto el delito de *falso testimonio* cometido por el que, acogiéndose al *beneficio* del *art. 41 ter del CP*, proporciona maliciosamente información falsa o datos inexactos.

Es decir, si no fuera testigo no podría cometer tal delito previsto expresamente en el Capítulo XII titulado *Falso testimonio*.

De modo que, aún bajo las diversas denominaciones provenientes de la doctrina, con las que se lo conoce (las de arrepentido, imputado colaborador o delación premiada), puede sostenerse entonces que la legislación penal lo ha consignado allí como un *testigo* toda vez que, la falsedad prevista en caso de haberse acogido al beneficio y obrar del modo malicioso así tipificado no permite arribar a otra conclusión y por eso se aprovecha este espacio para comentarlo.

Sentado ello, en cuanto a la tipificación del delito de *encubrimiento* y en particular a lo normado por el *art. 277 inciso cuarto del CP*, vale recordar e invocar la necesidad de adecuarlo al CCyCN ante la limitada exención de responsabilidad criminal a los que hubieran obrado en favor del cónyuge sin reconocer las diversas familias que el ordenamiento civil en la actualidad reconoce más allá del matrimonio convencional, el de la *era de Vélez Sarsfield*.

Por último, en cuanto a lo que concierne al análisis de este título y al recorte que a tales fines se ha efectuado para la elaboración de este trabajo, cabe indicar que la atipicidad de la evasión (*art. 280 del CP*), sin violencia o fuerza también es un tema que, necesariamente, habrá que repensarlo, sobre todo, ante supuestos que se han visto en los últimos años.

Ello así, por cuanto una cosa es la punición de la conducta dolosa o culposa de quienes tienen la posición de garantes (por ejemplo: en los establecimientos penitenciarios) y con su *obrar* favorecen la evasión de quien legítimamente debiera estar detenido y, otra, es consagrar la atipicidad de la conducta de quien aún sin violencia o fuerza intenta o bien logra recuperar la libertad por sus propios medios cuando legítimamente debiera permanecer privado de la libertad. La atipicidad de estas últimas conductas al menos debe ser analizada.

En el Código Penal, en la parte especial y en varias de las disposiciones normativas, en cuanto a la pena accesoria de multa se advierte un serio problema desde el *principio de legalidad*.

Ello así, por ejemplo, en relación a lo dispuesto en el *art. 259 bis del CP*^[23], por cuanto no siempre podrá resultar fácil de determinar a cuánto equivale el monto o el valor del dinero, dádiva, beneficio indebido o ventaja pecuniaria ofrecida o entregada para, en base a ello -como por ejemplo lo postula dicha disposición normativa- calcular la multa en las 2 a 5 veces de aquel monto o valor.

En idéntico sentido, corresponde efectuar la crítica en orden a la multa dispuesta en el *art. 262 del CP*^[24], porque no siempre podrá determinarse fácilmente el valor de los caudales o efectos sustraídos para de esa manera fijar la escala de la multa prevista en dicha disposición -de modo novedoso- del 20 al 60% del valor sustraído.

Igual crítica puede hacerse a varias disposiciones del Código Penal, por ejemplo, en torno a la multa fijada en el *art. 265 del CP*^[25], de 2 a 5 veces del valor del beneficio indebido pretendido u obtenido; más allá de adicionar en la crítica a dicha disposición penal, la vaguedad en la determinación de la conducta típica.

Se hace alusión a que el sujeto activo será reprochado por el delito de **negociaciones incompatibles con el ejercicio de una función pública** cuando “se interesare” en miras de un beneficio propio o de un

tercero; siendo demasiado amplia la interpretación que podría dársele y que, por tanto, podría ser cuestionada desde el mencionado *principio de legalidad* que en materia penal siempre debe reinar.

En línea con lo que se viene cuestionado, cabe señalar que el *art. 266 del CP*^[26], en cuanto regula al ilícito penal de **exacciones ilegales** no sólo incurre en idéntico defecto, en orden a la determinación de la pena accesoria de multa, sino que no puede perderse de vista la consagración de la dádiva como una de las opciones expresamente contempladas.

En efecto, desde ya, llamativo resultaría que el funcionario público solicitare, exigiere o hiciera pagar o entregar indebidamente una dádiva; pues, si bien toda exigencia indebida es y debe ser siempre condenada como ilícita, la alusión a dádiva, por sí sola, da cuenta de lo indebido de lo petitionado que, no en todos los casos, podría lucir así de evidente.

Sobre el concepto de dádiva mucho podría decirse, mas sólo se destacará aquí la cuestión tradicionalmente validada por la doctrina al momento de explicitar los alcances de aquella y postular (quienes le quitan contenido patrimonial a aquella) que, incluso, los “favores sexuales” podrían ser alcanzados por tal concepto.

Al respecto, no puede perderse de vista que, en modo alguno podría validarse siquiera un criterio de esta entidad porque, como ayuda concedida a otro, pensada en materia sexual, en la actualidad -afortunadamente- no podría ser así estimada toda vez que, salvo los supuestos del ámbito de reserva humana, *cf. art. 19 de la CN*, en donde medie un consentimiento para dicha relación sexual, todo lo demás entraría asimismo -en principio- en el ámbito de la ilegalidad, adicionada a ilegalidad de la dádiva como elemento de los delitos contra la administración pública.

De manera entonces que, los alegados favores sexuales, ya por sí solos, como expresión, deberían no sólo ser repensados sino suprimidos en la explicación de los alcances del ilícito y de cada uno de los elementos del tipo.

A mayor abundamiento, cuando el *art. 268 del CP*^[27], tipifica la conducta agravada (el delito de **concusión**), llama la atención que se refiera también a la multa prevista como pena accesoria de igual modo, porque no siempre puede ser determinada en un monto, para así calcularla.

Es decir, el *art. 266 del CP* regula un tipo penal de núcleo alternativo toda vez que sanciona al funcionario público que, abusando de su cargo, solicita, exige o hace pagar o entregar indebidamente, por sí o por interpuesta persona, una contribución, un derecho o una dádiva o cobra mayores derechos de los que corresponden; por tanto la multa fijada en el mencionado *art. 268 del CP*, de 2 a 5 veces del monto de la exacción, al igual que en los casos señalados anteriormente, tampoco podría ser fácilmente calculada.

Así, el *principio de estricta legalidad* que, claro está abarca también al tramo relativo a la determinación de la pena, se vería por eso mismo menoscabado.

Crítica que, vale recalcar, podría efectuarse en torno a plurales disposiciones del Código Penal, como por ejemplo en el *art. 268 (1) y (2) del CP*^[28].

En cuanto al delito de **enriquecimiento ilícito** en sí, al que la Argentina se obligó a tipificar como tal, no sólo por la manda constitucional que así lo reclama desde 1994 sino también en función de los compromisos internacionales asumidos en la materia, como por ejemplo mediante la suscripción de la Convención Interamericana contra la Corrupción, es que sólo podría señalarse la necesidad de clarificar los alcances de la conducta típica.

Ello así, porque en modo alguno podría sostenerse que el delito se configurase sólo por el no justificar ya que, ante todo, lo que debe probarse es el enriquecimiento de origen ilícito que allí mismo se reacciona (aumento o disminución del activo o pasivo, respectivamente, con más los distintos elementos que la figura penal requiere para su configuración).

Ahora bien, sobre lo que sí debería repensarse es si, conforme el *principio de mínima intervención penal*, las disposiciones penales contempladas en el mismo capítulo deberían continuar configurando ilícitos penales o, por el contrario, pasar a la esfera de la responsabilidad administrativa.

Esto último por cuanto además debería diferenciarse entre omitir presentar una declaración jurada cuando hubiera mediado una notificación fehaciente para hacerlo y/o por ley estuviera obligado a hacerlo; que, maliciosamente, falsear u omitir insertar los datos que las referidas declaraciones juradas deban contener de conformidad con las leyes y reglamentos aplicables, tal como lo consagra en el *art. 268 (3) del CP*^[29], en sus distintas figuras.

Por otra parte, cuando el Código Penal dispone agravar el delito de **falso testimonio** (que, claro está, no siempre lo comete un testigo, sino que también puede ser realizado por un perito o intérprete) y, califica, la conducta si hubiera mediado “cohecho”, *cf. art. 276 del CP*^[30], no sólo corresponde reparar en la expresión empleada porque el cohecho implica técnicamente un delito que podría interpretarse entonces como un elemento normativo del tipo, cuando la lectura íntegra de la norma permite comprender que no se refiere a los delitos de cohecho activo y/o pasivo previstos en Código Penal, sino que se referiría a lo que vulgarmente se conoce como “soborno”, sobre todo por lo que también llamativamente se explicita luego, al sostener que “...*El sobornante sufrirá la pena del simple testigo falso...*”.

De lo contrario, si efectivamente se refiriera al delito de cohecho, dicha calificante del falso testimonio seguramente resultaría de muy dificultosa aplicación toda vez que, en la mayoría de los casos, no se configurarían además todos esos elementos de una figura penal que nada tiene que ver con lo que allí se estima para agravar al delito previsto en el *art. 275 del CP* ya que, cada uno (cada ilícito, el cohecho por separado), tiene diversa tipificación y sólo comparten en común el ser delitos contra la administración pública.

Efectivamente, nada más que eso ya que, en concreto, tienen finalidades distintas, diversos elementos que las componen, sub-bienes jurídicos disímiles, diversos sujetos -activos y pasivos- y el que aquí es comentado se encuentra legislado, particularmente, entre los delitos contra la administración de justicia, no así el de cohecho.

Con independencia de lo explicitado, no puede dejar de señalarse que no pasa desapercibida la llamativa alusión a “sobornante”, ya que resulta impropio de una legislación técnica como la ley penal o, al menos, no es habitual el empleo de esa clase de expresiones.

Por otra parte, en cuanto al delito de **encubrimiento** (*art. 277 del CP*^[31]), muchas cosas podrían remarcarse pero vale la pena aprovechar el análisis macro de la legislación vigente para señalar que, precisamente, en la tipificación de las agravantes de tal delito se consagra una regla que podría servir de parámetro.

En efecto, de la lectura del *art. 227 inciso 3º apartado “a” del CP*^[32], puede inferirse que en el Código Penal serán considerados delitos graves aquellos que tengan previstas una pena mínima superior a 3 años de prisión pues así expresamente se lo destaca.

Esto, como comentario, a modo de observación, más allá que ningún problema podría presentarse a partir de dicha interpretación como sí, en sentido contrario, se advierte ante la alusión al concepto de **habitualidad**, *cf. art. 277 inciso 3º apartado “c” del CP*, en cuanto consagra como agravante al supuesto en que: “*El autor se dedicare con habitualidad a la comisión de hechos de encubrimiento*”.

Ello, por los problemas del lenguaje, en general y del lenguaje técnico, en particular, ante la vaguedad que, su indeterminación, acarrea en materia interpretativa.

Por lo demás, así como se cuestionara la existencia de un Código Penal único para una República Federal como lo es la Argentina, *cf. arts. 1º y 75 inciso 12 de la CN*, las particularidades locales que son reforzadas en materia de oblicua protección penal a los intereses del campo, ante la tipificación del delito de abigeato, con más todas las reformas “parches” que han quedado consagradas en el Código Penal dan cuenta así de la afectación a la sistemática del Código mediante la estimación de las escalas penales de algunos delitos, como por ejemplo la prevista en los *arts. 277 bis y la del 277 ter del CP*^[33].

Asimismo, vale simplemente destacar que, en la parte especial del Código Penal puede encontrarse una disposición complementaria del *art. 1º del CP*, propia, del Derecho Internacional Público.

Concretamente, en cuanto a lo dispuesto en apartado “4” del *art. 279 del CP*, en cuanto -al igual que otras modernas disposiciones- establece que “**ARTICULO 279 (...)** 4) *Las disposiciones de este capítulo regirán aun cuando el delito precedente hubiera sido cometido fuera del ámbito de aplicación espacial de este Código, en tanto el hecho que lo tipificara también hubiera estado sancionado con pena en el lugar de su comisión. (Artículo sustituido por art. 3º de la Ley N° 26.683 B.O. 21/06/2011)...*”.

En cuanto al delito de **evasión y quebrantamiento de pena**, vale adicionar como crítica lo relativo a la especie y escaso monto de pena previsto para el supuesto contemplado en el *art. 281 -segunda parte- del CP* en tanto establece que “...*Si la evasión se produjere por negligencia de un funcionario público, éste será reprimido con multa de pesos argentinos mil a pesos argentinos quince mil. (Nota Infoleg: multa actualizada por art. 1º de la Ley N° 24.286 B.O. 29/12/1993)...*”; problema que no sólo se evidencia en este caso sino que, en múltiples, por no decir en casi todos los delitos en los que se contempla como especie de pena, la de multa, *cf. art. 5 del CP*; ello, fundamentalmente, ante el marcado proceso

inflacionario que desde hace muchísimos años -agravado en la actualidad- registra la República Argentina. Aspecto que, justamente, deja desactualizada cualquier suma dineraria que, como pena, se estipule en pesos argentinos.

Esto último, por fuera del caso previsto en la ley de estupefacientes, en donde se reemplaza -parcialmente- el valor de las multas por el concepto de Unidades Fijas, cuestionable por cierto -en algún punto, desde el principio de legalidad y la distribución de competencias, como se viera- aunque, en cierta forma, como una opción más favorable para contrarrestar la falta de proporcionalidad en las escalas penales existentes en orden a la pena de multa para con los índices de inflación que, de manera constante y sin importar el momento de análisis, lamentablemente, siempre continúan en aumento.

14. Parte especial. Delitos contra la fe pública

A modo de cierre de esta presentación que obviamente ha dejado muchos temas sin tratar pero también ha pretendido abarcar varios, justamente, en torno a este Título, se ha de referenciar lo alegado en relación a expresiones como *culpable*, en el *art. 298 del CP*, sobre la que corresponde hacer extensivo lo desarrollado en torno a este término contrario al *art. 18 de la CN*, en base a la necesidad de garantizar el juicio previo, para luego -en su caso- declararlo así: culpable.

Asimismo, valdría agregar las críticas habitualmente desarrolladas en relación a lo dispuesto por el *art. 299 del CP*, pues lo que bien se sabe debiera ser la regla que los actos preparatorios no resulten punibles, aquí se lo advierte como una *excepción*.

Consecuentemente, la tipificación de este delito es un aspecto que merecería, al menos, ser repensado desde los postulados básicos del Derecho Penal.

En relación al Título de los delitos contra la Fe Pública, en el Capítulo V “De los fraudes al comercio y a la industria”, se consagra en el *art. 301 bis del CP*^[34], un tipo penal alternativo que, en cuanto al núcleo, deja abierto al tipo del mismo modo al que se lo hace en los *arts. 172 y 183 del CP*, entre otros y, fundamentalmente, esto así al aludir a cualquier manera y a cualquier modalidad; aspecto que, desde el principio de legalidad, por eso es cuestionable.

15. Parte especial. Delitos contra el orden económico y financiero

Al respecto, cabe destacar que, el *art. 303 del CP*^[35], consagra en su disposición cuestiones similares a las que anteriormente fueran referenciadas.

Esto así, al ampliar el tipo penal mediante la adición final de la expresión “o de cualquier otro modo”.

Precisamente, en idéntico sentido vale remarcar la problemática ya mencionada en orden a los montos de penas de multa previstos en el Código Penal y que, ante una inflación tan grave como la que por estos días -desde hace tiempo- afecta a la economía Argentina, lleva a que -en este caso- la cuestión se señale, no por el monto de la pena accesoria prevista en la ley sino por el valor de referencia tomado allí, en la descripción de la conducta típica.

Concretamente, en torno a los 300.000 pesos que allí se fijan como base que, claro está, no son los 300.000 pesos que “hoy” en día el Legislador Nacional hubiera tomado como referencia.

Esto último, al igual que en lo relativo al apartado “4” de dicho artículo, en cuanto contempla la situación inversa que el valor de los bienes no superase la suma indicada en el *inciso 1°*; mas resultando válido el cuestionamiento por idéntico motivo, con efecto contrario.

Asimismo, relevante resulta la agravante del *art. 303 apartado “2.a.” del CP*, toda vez que allí, más allá de la cuestionable expresión usualmente empleada en el Código Penal, justamente, al aludir al concepto vago e indeterminado de “habitualidad”, en relación al hecho reprochado, de seguido, la figura penal calificada consagra una agravante basada en la pertenencia, del sujeto activo del ilícito, en calidad de “miembro de una asociación o banda formada para la comisión continuada de hechos de esta naturaleza”.

Mas, lo relevante de esta cuestión que, a diferencia de lo que acontece en los delitos de robo y daño calificados, en cuanto contemplan la agravante por la comisión en banda (más allá del poblado o despoblado según el caso), aquí se circunscriben los alcances de esa expresión.

Es decir, los problemas interpretativos que, en los delitos contra la propiedad se aducen, en orden a la expresión banda y la previsión del *art. 210 del CP*, entre los delitos contra el orden público, en orden a la finalidad de cometer delitos indeterminados, no podría ser un aspecto problemático en el análisis de esta

disposición normativa en tanto y en cuanto aquí se agrava el delito por ser *miembro de una asociación o banda formada para la comisión continuada de hechos de esta naturaleza*.

Ahora bien, es cierto que “hechos de esta naturaleza” también podría ser una expresión vaga e indeterminada mas, interpretación restrictiva de la norma mediante, dicha indeterminación no podría acarrear los mismos problemas que, desde hace tiempo se analizan en torno a los delitos de robo y daño calificados, *cf. arts. 166 inciso 2°, 167 inciso 2° y 184 inciso 4° del CP* que, al menos, vale aquí referenciarlo, en línea con lo que al respecto se postulara en relación a dichos ilícitos contra la propiedad y por eso aquí mismo sólo se lo menciona.

16. Conclusión

De esta manera, muy crítica por cierto, es que se ha elegido conmemorar los 100 años del Código Penal de la Nación.

Nadie iría a un cumpleaños de un amigo para criticarlo, pero el Código Penal no es un amigo, es la norma que entre múltiples cuestiones consagra la habilitación para el ejercicio del poder punitivo estatal.

Festejar sus 100 años sin aludir a lo que se considera cuestionable, hubiera implicado desaprovechar una gran oportunidad para reflexionar sobre lo relevante. Esto es, lo que está mal o no tan bien.

Así es que se ha estimado pertinente conmemorar la centenaria existencia del Código Penal del modo en que se lo hecho y se espera que quienes tengan que expedirse en el futuro, puedan hacerlo encontrándose un poco más cómodos y orgullosos del Código que por aquellos días rija la vida de los argentinos.

Con ese objetivo es que se han formulado las críticas desarrolladas a lo largo de estas páginas; pensando y deseando que, al menos, algunas de ellas, puedan contribuir en la labor adjudicada a quienes tengan la responsabilidad institucional de llevar adelante la, tantas veces proclamada y aún no lograda, reforma integral del ordenamiento jurídico penal de la República.

En definitiva y, como se expusiera desde un inicio, ésta ha sido una particular forma de conmemorar la existencia del Código Penal de la Nación Argentina, en su primer Siglo de vida.

Para ello es que se han escrito estas palabras; mirando hacia el pasado, pensando en el presente y proyectando hacia el futuro.

Verónica Bilczyk.

Nota de la autora: esta presentación se corresponde con la conferencia brindada el 29 de agosto de 2023, en oportunidad de cerrar junto con el Sr. Ministro y Presidente de la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires (SCBA), Dr. Sergio G. Torres el Ciclo de Actualización en Derecho Penal y Procesal Penal, organizado por el Instituto de Estudios Judiciales de la SCBA con la adhesión de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP y el Colegio de la Magistratura y la Función Judicial de la provincia de Buenos Aires.

Notas

[1] Abogada con distinción Dr. Joaquín V. González a los mejores promedios y Especialista en Derecho Penal por la Facultad de Cs. Jurídicas y Sociales de la UNLP. Especialista en Derecho Constitucional por la Facultad de Derecho de la UBA. Profesora Adjunta Interina en la Cátedra II de Derecho Penal II (JURSO, UNLP). Auxiliar Letrado Relator en la Defensoría de Casación Penal de la provincia de Buenos Aires.

[2] El 30 de septiembre de 1921 el Senado de la Nación Argentina sancionó el Código Penal argentino en base al proyecto de 1917. El 29 de octubre de 1921 se promulgó mediante ley 11.179. y recién entró en vigencia el 30 de abril de 1922.

[3] CSJN. CSJ 1870/2014/CS1. Sent. del 12 de diciembre de 2017. “Castillo, Carina Viviana y otros c/ Provincia de Salta -Ministerio de Educación de la Prov. de Salta s/ amparo”.

[4] CSJN. F. 259. XLVI. Sent. del 13 de marzo de 2012. “F., A.L. s medida autosatisfactiva”.

[5] CSJN. Sent. del 25 de agosto de 2009. A. 891. XLIV. “Arriola, Sebastián y otros s/ causa n° 9080”.

[6] Corte IDH. Sent. del 27 de abril de 2012. “Fornerón e Hija vs Argentina”.

[7] El término “integral” fue observado por el PEN a través del Decreto N° 14/2021, B.O. 15/01/2021.

[8] BUOMPADRE, Jorge Eduardo en “El delito de Violación. Análisis dogmático de los elementos típicos (tras la reforma de la Ley 27.352/17)”. Editorial ConTexto, Resistencia, Chaco, 2017, primera edición, ps. 18 y 80/84.

[9] DONNA, Edgardo Alberto. "Derecho Penal. Parte Especial. Tomo I". Editorial Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 1999, ISBN 950-727-203-8, ps. 67 y ss..

[10] Como se expusiera, el término "integral" fue observado por el PEN (Decreto N° 14/2021, B.O. 15/01/2021).

[11] Capítulo III

Homicidio o lesiones en riña

ARTICULO 95. - Cuando en riña o agresión en que tomaren parte más de dos personas, resultare muerte o lesiones de las determinadas en los artículos 90 y 91, sin que constare quiénes las causaron, se tendrá por autores a todos los que ejercieron violencia sobre la persona del ofendido y se aplicará reclusión o prisión de dos a seis años en caso de muerte y de uno a cuatro en caso de lesión.

ARTICULO 96. - Si las lesiones fueren las previstas en el artículo 89, la pena aplicable será de cuatro a ciento veinte días de prisión.

[12] Capítulo VI

Abandono de personas

ARTICULO 106.- El que pusiere en peligro la vida o la salud de otro, sea colocándolo en situación de desamparo, sea abandonando a su suerte a una persona incapaz de valerse y a la que deba mantener o cuidar o a la que el mismo autor haya incapacitado, será reprimido con prisión de 2 a 6 años.

La pena será de reclusión o prisión de 3 a 10 años, si a consecuencia del abandono resultare grave daño en el cuerpo o en la salud de la víctima.

Si ocurriere la muerte, la pena será de 5 a 15 años de reclusión o prisión.

(Artículo sustituido por art. 2° de la Ley N° 24.410 B.O. 2/1/1995)

ARTICULO 107.- El máximo y el mínimo de las penas establecidas en el artículo precedente, serán aumentados en un tercio cuando el delito fuera cometido por los padres contra sus hijos y por éstos contra aquéllos o por el cónyuge..

(Artículo sustituido por art. 1° de la Ley N° 24.410 B.O. 2/1/1995)

[13] Art. 149 bis del CP. "Será reprimido con prisión de seis meses a dos años el que hiciere uso de amenazas para alarmar o amedrentar a una o más personas. En este caso la pena será de uno a tres años de prisión si se emplearen armas o si las amenazas fueren anónimas.

Será reprimido con prisión o reclusión de dos a cuatro años el que hiciere uso de amenazas con el propósito de obligar a otro a hacer, no hacer o tolerar algo contra su voluntad".

[14] Capítulo III

Violación de Secretos y de la Privacidad

(Epígrafe sustituido por art. 3° de la Ley N° 26.388, B.O. 25/6/2008)

ARTICULO 153. - Será reprimido con prisión de quince (15) días a seis (6) meses el que abriere o accediere indebidamente a una comunicación electrónica, una carta, un pliego cerrado, un despacho telegráfico, telefónico o de otra naturaleza, que no le esté dirigido; o se apoderare indebidamente de una comunicación electrónica, una carta, un pliego, un despacho u otro papel privado, aunque no esté cerrado; o indebidamente suprimiere o desviare de su destino una correspondencia o una comunicación electrónica que no le esté dirigida.

En la misma pena incurrirá el que indebidamente interceptare o captare comunicaciones electrónicas o telecomunicaciones provenientes de cualquier sistema de carácter privado o de acceso restringido.

La pena será de prisión de un (1) mes a un (1) año, si el autor además comunicare a otro o publicare el contenido de la carta, escrito, despacho o comunicación electrónica.

Si el hecho lo cometiere un funcionario público que abusare de sus funciones, sufrirá además, inhabilitación especial por el doble del tiempo de la condena.

(Artículo sustituido por art. 4° de la Ley N° 26.388, B.O. 25/6/2008)

ARTICULO 153 BIS. - Será reprimido con prisión de quince (15) días a seis (6) meses, si no resultare un delito más severamente penado, el que a sabiendas accediere por cualquier medio, sin la debida autorización o excediendo la que posea, a un sistema o dato informático de acceso restringido.

La pena será de un (1) mes a un (1) año de prisión cuando el acceso fuese en perjuicio de un sistema o dato informático de un organismo público estatal o de un proveedor de servicios públicos o de servicios financieros.

(Artículo incorporado por art. 5° de la Ley N° 26.388, B.O. 25/6/2008)

ARTICULO 154. - Será reprimido con prisión de uno a cuatro años, el empleado de correos o telégrafos que, abusando de su empleo, se apoderare de una carta, de un pliego, de un telegrama o de otra pieza de correspondencia, se impusiere de su contenido, la entregare o comunicare a otro que no sea el destinatario, la suprimiere, la ocultare o cambiare su texto.

ARTICULO 155. - Será reprimido con multa de pesos un mil quinientos (\$ 1.500) a pesos cien mil (\$ 100.000), el que hallándose en posesión de una correspondencia, una comunicación electrónica, un pliego cerrado, un despacho telegráfico, telefónico o de otra naturaleza, no destinados a la publicidad, los hiciere publicar indebidamente, si el hecho causare o pudiere causar perjuicios a terceros.

Está exento de responsabilidad penal el que hubiere obrado con el propósito inequívoco de proteger un interés público.

(Artículo sustituido por art. 6° de la Ley N° 26.388, B.O. 25/6/2008)

ARTICULO 156. - Será reprimido con multa de pesos mil quinientos a pesos noventa mil e inhabilitación

especial, en su caso, por seis meses a tres años, el que teniendo noticia, por razón de su estado, oficio, empleo, profesión o arte, de un secreto cuya divulgación pueda causar daño, lo revelare sin justa causa.

(Nota Infoleg: multa actualizada por art. 1° de la Ley N° 24.286 B.O. 29/12/1993)

ARTICULO 157. - Será reprimido con prisión de un (1) mes a dos (2) años e inhabilitación especial de un (1) a cuatro (4) años, el funcionario público que revelare hechos, actuaciones, documentos o datos, que por ley deben ser secretos.

(Artículo sustituido por art. 7° de la Ley N° 26.388, B.O. 25/6/2008)

ARTICULO 157 bis. -Será reprimido con la pena de prisión de un (1) mes a dos (2) años el que:

1. A sabiendas e ilegítimamente, o violando sistemas de confidencialidad y seguridad de datos, accediere, de cualquier forma, a un banco de datos personales;
2. Ilegítimamente proporcionare o revelare a otro información registrada en un archivo o en un banco de datos personales cuyo secreto estuviere obligado a preservar por disposición de la ley.
3. Ilegítimamente insertare o hiciere insertar datos en un archivo de datos personales.

Cuando el autor sea funcionario público sufrirá, además, pena de inhabilitación especial de un (1) a cuatro (4) años.

(Artículo sustituido por art. 8° de la Ley N° 26.388, B.O. 25/6/2008)

[15] ARTICULO 126 – En el caso del artículo anterior, la pena será de cinco (5) a diez (10) años de prisión, si concurriere alguna de las siguientes circunstancias:

1. Mediare engaño, fraude, violencia, amenaza o cualquier otro medio de intimidación o coerción, abuso de autoridad o de una situación de vulnerabilidad, o concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre la víctima.
2. El autor fuere ascendiente, descendiente, cónyuge, afín en línea recta, colateral o conviviente, tutor, curador, autoridad o ministro de cualquier culto reconocido o no, o encargado de la educación o de la guarda de la víctima.
3. El autor fuere funcionario público o miembro de una fuerza de seguridad, policial o penitenciaria.

Cuando la víctima fuere menor de dieciocho (18) años la pena será de diez (10) a quince (15) años de prisión.

(Artículo sustituido por art. 22 de la Ley N° 26.842 B.O. 27/12/2012)

ARTICULO 127 – Será reprimido con prisión de cuatro (4) a seis (6) años, el que explotare económicamente el ejercicio de la prostitución de una persona, aunque mediare el consentimiento de la víctima.

La pena será de cinco (5) a diez (10) años de prisión, si concurriere alguna de las siguientes circunstancias:

1. Mediare engaño, fraude, violencia, amenaza o cualquier otro medio de intimidación o coerción, abuso de autoridad o de una situación de vulnerabilidad, o concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre la víctima.
2. El autor fuere ascendiente, descendiente, cónyuge, afín en línea recta, colateral o conviviente, tutor, curador, autoridad o ministro de cualquier culto reconocido o no, o encargado de la educación o de la guarda de la víctima.
3. El autor fuere funcionario público o miembro de una fuerza de seguridad, policial o penitenciaria.

Cuando la víctima fuere menor de dieciocho (18) años la pena será de diez (10) a quince (15) años de prisión.

(Artículo sustituido por art. 23 de la Ley N° 26.842 B.O. 27/12/2012)

[16] “...ARTICULO 136. - El oficial público que a sabiendas autorizare un matrimonio de los comprendidos en los artículos anteriores, sufrirá, en su caso, la pena que en ellos se determina.

Si lo autorizare sin saberlo, cuando su ignorancia provenga de no haber llenado los requisitos que la ley prescribe para la celebración del matrimonio, la pena será de multa de setecientos cincuenta a pesos doce mil quinientos e inhabilitación especial por seis meses a dos años.

Sufrirá multa de pesos setecientos cincuenta a pesos doce mil quinientos el oficial público que, fuera de los demás casos de este artículo, procediere a la celebración de un matrimonio sin haber observado todas las formalidades exigidas por la ley.

(Nota Infoleg: multa actualizada por art. 1° de la Ley N° 24.286 B.O. 29/12/1993)...”.

[17] “ARTICULO 140. - Serán reprimidos con reclusión o prisión de cuatro (4) a quince (15) años el que redujere a una persona a esclavitud o servidumbre, bajo cualquier modalidad, y el que la recibiere en tal condición para mantenerla en ella. En la misma pena incurrirá el que obligare a una persona a realizar trabajos o servicios forzados o a contraer matrimonio servil. (Artículo sustituido por art. 24 de la Ley N° 26.842 B.O. 27/12/2012)”.

[18] Capítulo IV

Delitos contra la libertad de trabajo y asociación

ARTICULO 158. - Será reprimido con prisión de un mes a un año; el obrero que ejerciere violencia sobre otro para compelerlo a tomar parte en una huelga o boycott. La misma pena sufrirá el patrón, empresario o empleado que, por sí o por cuenta de alguien, ejerciere coacción para obligar a otro a tomar parte en un lock-out y a abandonar o ingresar a una sociedad obrera o patronal determinada.

ARTICULO 159. - Será reprimido con multa de pesos dos mil quinientos a pesos treinta mil, el que, por maquinaciones fraudulentas, sospechas malévolas o cualquier medio de propaganda desleal, tratare de desviar, en su provecho, la clientela de un establecimiento comercial o industrial.

(Nota Infoleg: multa actualizada por art. 1° de la Ley N° 24.286 B.O. 29/12/1993)

Capítulo V

Delitos contra la libertad de reunión

ARTICULO 160. - Será reprimido con prisión de quince días a tres meses, el que impidiere materialmente o turbare una reunión lícita, con insultos o amenazas al orador o a la institución organizadora del acto.

Capítulo VI

Delitos contra la libertad de prensa

ARTICULO 161. - Sufrirá prisión de uno a seis meses, el que impidiere o estorbare la libre circulación de un libro o periódico.

[19] ARTICULO 166. -Se aplicará reclusión o prisión de CINCO a QUINCE años:

1. Si por las violencias ejercidas para realizar el robo, se causare alguna de las lesiones previstas en los artículos 90 y 91.

2. Si el robo se cometiere con armas, o en despoblado y en banda.

Si el arma utilizada fuera de fuego, la escala penal prevista se elevará en un tercio en su mínimo y en su máximo.

Si se cometiere el robo con un arma de fuego cuya aptitud para el disparo no pudiera tenerse de ningún modo por acreditada, o con un arma de utilería, la pena será de TRES a DIEZ años de reclusión o prisión.

[20] CSJN. Sent. 23 de abril de 2013. “Góngora, Gabriel Arnaldo s/ causa n° 14.092”. SAIJ: FA13000038.

[21] Art. 45 – A los efectos de esta ley, una (1) unidad fija equivale en pesos al valor de un (1) formulario de inscripción de operadores en el Registro Nacional de Precursores Químicos. (Artículo incorporado por art. 9° de la Ley N° 27.302 B.O. 8/11/2016)

[22] ARTICULO 40.- En las penas divisibles por razón de tiempo o de cantidad, los tribunales fijarán la condenación de acuerdo con las circunstancias atenuantes o agravantes particulares a cada caso y de conformidad a las reglas del artículo siguiente.

ARTICULO 41.- A los efectos del artículo anterior, se tendrá en cuenta:

1°. La naturaleza de la acción y de los medios empleados para ejecutarla y la extensión del daño y del peligro causados;

2°. La edad, la educación, las costumbres y la conducta precedente del sujeto, la calidad de los motivos que lo determinaron a delinquir, especialmente la miseria o la dificultad de ganarse el sustento propio necesario y el de los suyos, la participación que haya tomado en el hecho, las reincidencias en que hubiera incurrido y los demás antecedentes y condiciones personales, así como los vínculos personales, la calidad de las personas y las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión que demuestren su mayor o menor peligrosidad. El juez deberá tomar conocimiento directo y de visu del sujeto, de la víctima y de las circunstancias del hecho en la medida requerida para cada caso (destacados todos que no se encuentran en la versión original del Código Penal pero han sido efectuados para clarificar lo señalado).

[23] Capítulo VI. Cohecho y tráfico de influencias. “ARTICULO 259 bis - Respecto de los delitos previstos en este Capítulo, se impondrá conjuntamente una multa de dos (2) a cinco (5) veces del monto o valor del dinero, dádiva, beneficio indebido o ventaja pecuniaria ofrecida o entregada”.

[24] Capítulo VII. Malversación de caudales públicos. “ARTICULO 262. - Será reprimido con multa del veinte al sesenta por ciento del valor sustraído, el funcionario público que, por imprudencia o negligencia o por inobservancia de los reglamentos o deberes de su cargo, diere ocasión a que se efectuare por otra persona la sustracción de caudales o efectos de que se trata en el artículo anterior”.

[25] Capítulo VIII. Negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas “ARTICULO 265. - Será reprimido con reclusión o prisión de uno (1) a seis (6) años e inhabilitación especial perpetua, el funcionario público que, directamente, por persona interpuesta o por acto simulado, se interesare en miras de un beneficio propio o de un tercero, en cualquier contrato u operación en que intervenga en razón de su cargo”.

Se aplicará también multa de dos (2) a cinco (5) veces del valor del beneficio indebido pretendido u obtenido.

[26] Capítulo IX. Exacciones ilegales. “ARTICULO 266. - Será reprimido con prisión de un (1) a cuatro (4) años e inhabilitación especial de uno (1) a (5) cinco años, el funcionario público que, abusando de su cargo, solicitare, exigiere o hiciere pagar o entregar indebidamente, por sí o por interpuesta persona, una contribución, un derecho o una dádiva o cobrase mayores derechos que los que corresponden. Se aplicará también multa de dos (2) a cinco (5) veces del monto de la exacción.

(Artículo sustituido por art. 33 de la Ley N° 27.401 B.O. 1/12/2017. Vigencia: a los noventa (90) días de su publicación en el Boletín Oficial de la República Argentina)”.

[27] ARTICULO 268. - Será reprimido con prisión de dos (2) a seis (6) años e inhabilitación absoluta perpetua, el funcionario público que convirtiere en provecho propio o de tercero las exacciones expresadas en los artículos anteriores.

Se aplicará también multa de dos (2) a cinco (5) veces del monto de la exacción.

(Artículo sustituido por art. 34 de la Ley N° 27.401 B.O. 1/12/2017. Vigencia: a los noventa (90) días de su publicación en el Boletín Oficial de la República Argentina).

[28] Capítulo IX bis. Enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados. ARTICULO 268 (1). - Será reprimido con la pena del artículo 256, el funcionario público que con fines de lucro utilizare para sí o para un tercero informaciones o datos de carácter reservado de los que haya tomado conocimiento en razón de su cargo. Se aplicará también multa de dos (2) a cinco (5) veces del lucro obtenido. (Párrafo incorporado

por art. 35 de la Ley N° 27.401 B.O. 1/12/2017. Vigencia: a los noventa (90) días de su publicación en el Boletín Oficial de la República Argentina).

ARTICULO 268 (2) – Será reprimido con prisión de dos (2) a seis (6) años, multa de dos (2) a cinco (5) veces del valor del enriquecimiento, e inhabilitación absoluta perpetua, el que al ser debidamente requerido, no justificare la procedencia de un enriquecimiento patrimonial apreciable suyo o de persona interpuesta para disimularlo, ocurrido con posterioridad a la asunción de un cargo o empleo público y hasta dos (2) años después de haber cesado en su desempeño. (Párrafo sustituido por art. 36 de la Ley N° 27.401 B.O. 1/12/2017. Vigencia: a los noventa (90) días de su publicación en el Boletín Oficial de la República Argentina). Se entenderá que hubo enriquecimiento no sólo cuando el patrimonio se hubiese incrementado con dinero, cosas o bienes, sino también cuando se hubiesen cancelado deudas o extinguido obligaciones que lo afectaban. La persona interpuesta para disimular el enriquecimiento será reprimida con la misma pena que el autor del hecho. (Artículo sustituido por art. 38 de la Ley N° 25.188 B.O. 1/11/1999. Vigencia: a los ocho días desde su publicación.)

[29] ARTICULO 268 (3) – Será reprimido con prisión de quince días a dos años e inhabilitación especial perpetua el que, en razón de su cargo, estuviere obligado por ley a presentar una declaración jurada patrimonial y omitiere maliciosamente hacerlo.

El delito se configurará cuando mediando notificación fehaciente de la intimación respectiva, el sujeto obligado no hubiere dado cumplimiento a los deberes aludidos dentro de los plazos que fije la ley cuya aplicación corresponda.

En la misma pena incurrirá el que maliciosamente, falseare u omitiere insertar los datos que las referidas declaraciones juradas deban contener de conformidad con las leyes y reglamentos aplicables.

(Artículo incorporado por art. 39 de la Ley N° 25.188 B.O. 1/11/1999. Vigencia: a los ocho días desde su publicación.)

[30] ARTICULO 276. - La pena del testigo, perito o intérprete falso, cuya declaración fuere prestada mediante cohecho, se agravará con una multa igual al duplo de la cantidad ofrecida o recibida.

El sobornante sufrirá la pena del simple testigo falso.

Capítulo XIII. Encubrimiento. (Denominación del Capítulo sustituida por art. 1° de la Ley N° 26.683 B.O. 21/06/2011)

[31] ARTICULO 277.-

1.- Será reprimido con prisión de seis (6) meses a tres (3) años el que, tras la comisión de un delito ejecutado por otro, en el que no hubiera participado:

- a) Ayudare a alguien a eludir las investigaciones de la autoridad o a sustraerse a la acción de ésta.
- b) Ocultare, alterare o hiciere desaparecer los rastros, pruebas o instrumentos del delito, o ayudare al autor o participe a ocultarlos, alterarlos o hacerlos desaparecer.
- c) Adquiriere, recibiere u ocultare dinero, cosas o efectos provenientes de un delito.
- d) No denunciare la perpetración de un delito o no individualizare al autor o participe de un delito ya conocido, cuando estuviere obligado a promover la persecución penal de un delito de esa índole.
- e) Asegurare o ayudare al autor o participe a asegurar el producto o provecho del delito.

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

3.- La escala penal será aumentada al doble de su mínimo y máximo, cuando:

- a) El hecho precedente fuera un delito especialmente grave, siendo tal aquel cuya pena mínima fuera superior a tres (3) años de prisión.
- b) El autor actuare con ánimo de lucro.
- c) El autor se dedicare con habitualidad a la comisión de hechos de encubrimiento.
- d) El autor fuere funcionario público.

La agravación de la escala penal, prevista en este inciso sólo operará una vez, aun cuando concurrieren más de una de sus circunstancias calificantes. En este caso, el tribunal podrá tomar en cuenta la pluralidad de causales al individualizar la pena.

4.- Están exentos de responsabilidad criminal los que hubieren obrado en favor del cónyuge, de un pariente cuyo vínculo no excediere del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad o de un amigo íntimo o persona a la que se debiese especial gratitud. La exención no rige respecto de los casos del inciso 1, e) y del inciso 3, b) y c). (Inciso sustituido por Art. 4° de la Ley N° 26.087, B.O. 24/04/2006.)

(Artículo sustituido por art. 2° de la Ley N° 25.815 B.O. 1/12/2003)

[33] ARTICULO 277 bis.- Se aplicará prisión de TRES (3) a SEIS (6) años e inhabilitación especial de TRES (3) a DIEZ (10) años al funcionario público que, tras la comisión del delito de abigeato en el que no hubiera participado, violando los deberes a su cargo o abusando de sus funciones, intervenga o facilite el transporte, faena, comercialización o mantenimiento de ganado, sus despojos o los productos obtenidos, conociendo su origen ilícito.

(Artículo incorporado por art. 6° de la Ley N° 25.890 B.O. 21/572004)

ARTICULO 277 ter.- Se impondrá prisión de SEIS (6) meses a TRES (3) años al que reuniendo las condiciones personales descriptas en el artículo 167 quater inciso 4, por imprudencia o negligencia, intervenga en algunas de las acciones prevista en el artículo precedente, omitiendo adoptar las medidas necesarias para cerciorarse de la procedencia legítima del ganado.

(Artículo incorporado por art. 7° de la Ley N° 25.890 B.O. 21/572004)

[34] ARTICULO 301 bis.- Será reprimido con prisión de tres (3) a seis (6) años el que explotare, administrare, operare o de cualquier manera organizare, por sí o a través de terceros, cualquier modalidad o sistema de captación de juegos de azar sin contar con la autorización pertinente emanada de la autoridad jurisdiccional competente.

(Artículo incorporado por art. 10 de la Ley N° 27.346 B.O. 27/12/2016. Vigencia: a partir de su publicación en el Boletín Oficial).

[35] ARTICULO 303. - ...1) Será reprimido con prisión de tres (3) a diez (10) años y multa de dos (2) a diez (10) veces del monto de la operación, el que convirtiere, transfiriere, administrare, vendiere, gravare, disimulare o de cualquier otro modo pusiere en circulación en el mercado, bienes provenientes de un ilícito penal, con la consecuencia posible de que el origen de los bienes originarios o los subrogantes adquieran la apariencia de un origen lícito, y siempre que su valor supere la suma de pesos trescientos mil (\$ 300.000), sea en un solo acto o por la reiteración de hechos diversos vinculados entre sí.

2) La pena prevista en el inciso 1 será aumentada en un tercio del máximo y en la mitad del mínimo, en los siguientes casos:

a) Cuando el autor realizare el hecho con habitualidad o como miembro de una asociación o banda formada para la comisión continuada de hechos de esta naturaleza;

b) Cuando el autor fuera funcionario público que hubiera cometido el hecho en ejercicio u ocasión de sus funciones. En este caso, sufrirá además pena de inhabilitación especial de tres (3) a diez (10) años. La misma pena sufrirá el que hubiere actuado en ejercicio de una profesión u oficio que requirieran habilitación especial.

3) El que recibiere dinero u otros bienes provenientes de un ilícito penal, con el fin de hacerlos aplicar en una operación de las previstas en el inciso 1, que les dé la apariencia posible de un origen lícito, será reprimido con la pena de prisión de seis (6) meses a tres (3) años.

4) Si el valor de los bienes no superare la suma indicada en el inciso 1, el autor será reprimido con la pena de prisión de seis (6) meses a tres (3) años.

5) Las disposiciones de este artículo regirán aún cuando el ilícito penal precedente hubiera sido cometido fuera del ámbito de aplicación espacial de este Código, en tanto el hecho que lo tipificara también hubiera estado sancionado con pena en el lugar de su comisión.
