

Acciones típicas y penas desproporcionadas

Autor: Alejandro PIÑEIRO

DNI N° 31.192.777

INDICE.-

Capítulo Único.-

1.- Introducción.....	Pág. 2
2.- Amenazas simples (Art 149 bis) en relación al delito de lesiones leves (Art. 89).....	Pág. 4
3.- Abuso sexual (Arts. 119 y 120) en relación al delito de grooming (Art. 131).....	Pág. 8
4.- Lesiones graves y gravísimas (Arts. 90 y 91) en su relación con el delito de abigeato (Art. 167 ter. ss.).....	Pág. 12
5.- Conclusión.....	Pág. 14

1.- Introducción.

El presente trabajo presenta como disparador la comparación entre diversas conductas tipificadas por el Código Penal y sus respectivas consecuencias jurídicas, analizando el hecho de que en determinados supuestos no hay proporción en lo referente a la gravedad de las respuestas punitivas que se imponen, si consideramos que ocasionalmente una acción típica que daña bienes jurídicos esenciales (Por ejemplo integridad física, libertad, etc.) reviste una sanción igual, o aún más leve, que otra conducta que daña bienes jurídicos de menor relevancia (Por ejemplo la propiedad). Estas incongruencias que a mi criterio presenta el Código Penal Argentino violan los principios de proporcionalidad y razonabilidad que rige tanto en el acto creacional de la norma llevado a cabo por el poder legislativo, como así también cuando es impuesta en el caso concreto por los magistrados y finalmente en el periodo de ejecución de las penas. “La pena que establezca el legislador al delito deberá ser proporcional a la importancia social del hecho” (Mir Puig, Santiago, Derecho Penal. Parte general, Barcelona, Euros, 1998, p. 99).

En las siguientes páginas no se realizará un análisis exhaustivo de la parte especial de nuestro Código de fondo, sino que serán seleccionadas algunas figuras específicas en donde, analizando cada conducta delictiva con su respectiva consecuencia penal, se podrá observar claramente esta desproporción entre las penas de unas y de otras. Los delitos de los cuales partirá el análisis comparativo serán los siguientes: Amenazas simples (Art. 149 bis) en relación al delito de lesiones leves (Art. 89), abuso sexual simple y abuso sexual realizado con el aprovechamiento de la inmadurez sexual de la víctima (Arts. 119 y 120) en relación al delito de Grooming (Art. 131), y por último las lesiones graves y gravísimas (Arts. 90 y 91) en su relación con el delito de abigeato (Art. 167 ter. ss.) en sus versiones simple y agravada.

Se hace la salvedad de que los casos que serán analizados a lo largo de este trabajo no presentan la característica de regla general, sino que por el contrario, serán

planteadas situaciones particulares de la vida jurídica cotidiana que, al ser superpuestas, logran exponer el hecho de que no hay un criterio cuantitativo bien definido a la hora de imponer penalidades a los sujetos que lleven a cabo estos actos, cuyos resultados al ser comparados demuestran que las penas no suelen ser coherentes, ya que aquel sujeto que lesiona bienes jurídicos considerados elementales –Ej. vida, salud, integridad física- es penado de manera leve si se compara su sanción con la del sujeto que ha lesionado ciertos bienes jurídicos de menor relevancia –Ej. propiedad-.

Finalmente se intentará comprender los motivos por los cuales se presenta esta particularidad que repercute gravemente en nuestro sistema penal especialmente en los derechos de las personas imputadas como supuestos autores de estos hechos delictivos, ya que si bien queda claro que es el legislador quien tiene la tarea de definir los bienes jurídicos que se deben proteger, y la sanción que debe imponerse ante su lesión, por lo que será éste el que establezca el quantum de la pena, considero que además hay otros factores que han tenido incidencia en la generación de esta problemática.

2.- Amenazas simples (Art. 149 bis) en relación al delito de lesiones leves (Art. 89).

A simple vista la comparación entre las sanciones que establecen estas dos figuras delictivas no tiene relevancia, ya que en principio protegen bienes jurídicos independientes una de otra, la libertad en el primer caso y la integridad física en el segundo. De esta manera el artículo 149 bis del Código Penal sanciona con pena privativa de la libertad que va desde los 6 meses a los 2 años de prisión al que hiciere uso de amenazas para alarmar o amedrentar a una o más personas. Por su parte el delito de lesiones leves, consagrado en el artículo 89 del mismo código establece una pena de 1 mes a 1 año de prisión al que causare a otro, en el cuerpo o en la salud, un daño que no esté incorporado en otra disposición del mismo cuerpo legal (Haciendo referencia a las lesiones graves o gravísimas).

Hasta aquí no se presenta ningún tipo de inconveniente, pero si realizamos un análisis aún más profundo de la cuestión vamos a descubrir que pueden presentarse supuestos fácticos en los que sujetos determinados son sancionados con penas mayores por el hecho de amenazar con la producción de un mal grave e inminente a otra persona, que si efectivamente provocaran el mal en cuestión.

Si bien la doctrina mayoritaria concuerda en que el delito de amenazas simples, para quedar configurado, debe tratarse de manifestaciones que contengan la promesa de provocar un mal de carácter *GRAVE*, no hay unanimidad al respecto de que es lo que se entiende por “grave” motivo por el cual esta definición, que permite encuadrar el tipo delictivo, queda al arbitrio del magistrado, quien determinará en el caso concreto cuando esta promesa revestirá tal gravedad. De esta manera la jurisprudencia no contiene un criterio unidireccional en cuanto a lo planteado, habiendo casos de condenas que van desde quien prometió causar la muerte al sujeto pasivo, casos de manifestaciones afirmando que le serán incendiados sus bienes materiales por ejemplo, o incluso condenas a quien realizó afirmaciones amenazantes con la promesa de causar lesiones que pueden ir desde gravísimas (“te

voy a dejar parálítico”), graves (“Te voy a desfigurar la cara”), e incluso lesiones leves (“Te voy a romper la cabeza , te voy a dar una golphiza, etc...”).

No caben dudas de que si la amenaza es la promesa de causar un mal grave, hay situaciones sobre las que no se podría discutir su contenido intimidante, como es el caso de las amenazas de muerte, las que son un claro ejemplo de la configuración de este tipo penal, y en las que no quedará ningún lugar a dudas. Situación similar podría plantearse cuando el contenido amenazante es la manifestación o promesa de causar lesiones de las previstas en los artículos 90 y 91 del código penal, es decir lesiones graves y gravísimas, casos en lo que tampoco se presentarán cuestionamientos acerca de que efectivamente se ha configurado el delito de amenazas al prometer tales resultados. En estos casos vemos como la gravedad de lo manifestado se equipara a los resultados previstos por las lesiones graves y gravísimas, es decir que el daño prometido quedaría encuadrado en esas figuras en caso de ser llevado a cabo. Quizá el legislador debería tener estos dos artículos, 90 y 91, como piso para determinar cuándo quedará configurado el delito de amenazas simples, evitando de esta forma que otras situaciones, queden encuadradas en el art. 149 bis primera parte.

Todo este análisis sirve a modo introductorio para el planteamiento del problema que aquí nos interesa, ya que si bien en el párrafo precedente se dieron ejemplos de la zona en la que no hay disputas acerca del encuadre penal del delito bajo análisis - 149 bis primera parte-, hay otras situaciones que se encuentran en la “zona gris” y que en algunos casos son motivo de condena y en otros de absoluciones. El planteo es el siguiente: ¿Qué sucede con las amenazas de causar lesiones leves? Y teniendo en cuenta de que en muchos casos son objeto de condenas ¿Está bien que la amenaza de causar un mal –lesión leve- esté sancionada con una pena mayor que la efectiva comisión del hecho anunciado? Es decir cuando el resultado prometido es una lesión, pero no de las previstas en los artículo 90 y 91, sino las del artículo 89 se

termina condenando al imputado con una pena mayor que la que le hubiera recaído si hubiera llevado efectivamente a cabo el acto lesivo.

Para que quede claro vamos a ejemplificar de la siguiente manera, si le manifestamos a una persona que le vamos a dejar un ojo morado con un golpe de puño –“Cuando te vea te voy a pegar una piña”-, y éste, asustado por tal afirmación realiza la correspondiente denuncia, en caso de condena la pena que será aplicada tendrá un mínimo de 6 meses y un máximo de 2 años de prisión. Por el contrario, si en lugar de decirle al destinatario que lo vamos a agredir, y simplemente le aplicamos un golpe de puño dejándole el ojo morado, la pena que se impondría en caso de condena tendría un mínimo de 1 mes y un máximo de 1 año de prisión. Como vemos esto es contradictorio.

Si bien no es común que se denuncien este tipo de amenazas (que podríamos denominar “leves o menos graves”), ya que las mismas por lo general se suscitan en espacios públicos o frente a otras personas en donde las partes quieren demostrar su “hombría”, esto se ha vuelto moneda corriente en materia intrafamiliar, en donde mujeres víctimas de violencia de género sufren vejaciones constantes entre las que se incluyen amenazas y lesiones. Y si bien el legislador tuvo buen tino en incrementar el monto punitivo de las lesiones leves en el caso de ser cometidas contra la persona con la que se mantuvo o mantiene una relación de pareja (Artículo 92 del Código Penal), la respuesta punitiva sigue siendo desproporcionada, ya que en el contexto de una situación patriarcal en la que un individuo golpea a su pareja provocándole lesiones leves, recibirá la misma sanción que aquel individuo que prometa a su pareja la generación de dichas lesiones. Como vemos el legislador debería rever esta situación bajando la penalidad de la amenaza por este tipo de manifestaciones “menos graves” o incrementando la sanción por la comisión de las lesiones leves. En mi opinión, y con un criterio garantista, humildemente propondría que para el caso de que los dichos amenazantes tuvieran como resultado lo dispuesto dentro del delito de lesiones leves (Ej. te voy a dejar un ojo morado), las mismas no

deberían ser punibles, fijándose como piso para la sanción del delito de amenazas simples, el artículo 90 del código de fondo, es decir que las manifestaciones amenazantes deberían contener como base inicial la promesa de causar alguna de las lesiones previstas en dicha disposición normativa (“...debilitación permanente de la salud, de un sentido, de un órgano, de un miembro o una dificultad permanente de la palabra o si hubiere puesto en peligro la vida del ofendido, le hubiere inutilizado para el trabajo por más de un mes o le hubiere causado una deformación permanente del rostro”).

3.- Abuso sexual (Arts. 119 y 120) en relación al delito de grooming (Art. 131).

Los avances tecnológicos han dado lugar a una nueva realidad social que despierta numerosos interrogantes en materia jurídica, ya que estas nuevas tecnologías generan cambios que muchas veces modifican los patrones sociales, y de esta manera se generan situaciones que no han sido previstas a la hora de la sanción de las normas. Como todos sabemos la mayoría de las veces el derecho surge con posterioridad a estos cambios que en líneas generales no pueden ser previstos por el legislador. Las reformas incorporadas en el nuevo código civil y comercial que regulan las técnicas de reproducción humana asistida (inseminación artificial, fecundación in vitro, etc.), son un claro ejemplo de esta situación.

En materia penal, quizá la incorporación más novedosa es la prevista en el artículo 131 del código de fondo, en donde se regula el delito de Grooming. Esta figura sanciona una actividad que hace 15 años atrás no podría haber sido tenida en cuenta por el legislador, imponiendo una pena de 6 meses a 4 años de prisión al que, por medio de comunicaciones electrónicas, telecomunicaciones o cualquier otra tecnología de transmisión de datos, *contactare* a una persona menor de edad, con el propósito de cometer cualquier delito contra la integridad sexual de la misma. Básicamente es el acoso sexual virtual a niños, niñas y adolescentes. Si bien, a mi criterio, la incorporación de esta figura al Código Penal es producto de una necesidad que surge como consecuencia de los impresionantes avances en las tecnologías de la comunicación, considero que deben afinarse ciertas cuestiones en su redacción. En primer lugar el artículo no es claro en lo referente al sujeto activo del delito, ya que no lo define, motivo por el cual queda en manos de los magistrados determinar qué es lo que sucederá por ejemplo con los niños punibles, es decir aquellos que ya han alcanzado los 16 años de edad, y que conforme a nuestro ordenamiento –ley 22278- pueden ser sometidos a proceso penal, cuando lleven a cabo estas actividades de contacto virtual con otros niños y niñas. Asimismo prevé la misma escala penal para un acto preparatorio –contactar-, que para el delito

de abuso sexual efectivamente consumado. Por último tampoco distingue a los sujetos pasivos entre niños menores de 13 años y mayores de esta edad aplicando la misma sanción por el contacto con cualquiera de ellos sea la edad que tengan, e incluso sanciona si los mismos son mayores de 16 años, ya que la redacción del artículo habla de “menores de edad” sin hacer distinciones.

Ahora bien, en lo que a este trabajo respecta, vamos a intentar analizar la desproporción de la pena que se impone por la comisión de este delito si lo comparamos con el previsto por el artículo 119 del código penal, es decir el delito de abuso sexual simple cuya redacción es la siguiente: “Será reprimido con reclusión o prisión de 6 meses a 4 años el que abusare sexualmente de una persona cuando ésta fuera menor de 13 años...”. Como vemos la ley hace una presunción iuris et de iure de que una persona que no ha alcanzado los 13 años de edad de ningún modo podrá consentir una relación de carácter sexual, más allá de que en el caso concreto se trate de un niño o niña experimentado sexualmente. Por su parte, y como complemento a lo analizado, el artículo 120 del código penal sanciona al que realizare algunas de las acciones previstas en el segundo o en el tercer párrafo del artículo 119 (es decir un abuso sexual gravemente ultrajante o con acceso carnal respectivamente) con una persona menor de 16 años, aprovechándose de su inmadurez sexual, en razón de la mayoría de edad del autor...”. De la lectura de estos dos artículos en su conjunto se desprende que la ley sanciona al sujeto activo por el abuso sexual cometido contra niños y niñas de hasta 15 de edad inclusive, estableciendo que no pueden consentir ninguna acción de carácter sexual hasta cumplido los 13 años de edad, y que hasta los 15 años no podrían consentir las relaciones con contenido sexual que el código define como “agravadas”, basándose en la inmadurez sexual de la víctima. Aquí empieza el problema, ya que como vemos el código en estos dos artículos (119 y 120) sanciona a quien realice actos de connotación sexual con niños y niñas de hasta 15 años inclusive más allá de que hayan prestado consentimiento, y por el contrario no hace referencia alguna respecto de los niños y niñas de 16 y 17 años de edad,

quienes con la redacción actual de esos artículos tienen libre voluntad para realizar cualquier acción sexual que ellos mismos consientan, sin provocar persecución punitiva alguna en la persona con quien realizan los mismos.

Dicho esto entramos al análisis de la desproporción de la pena al comparar estas figuras delictivas con la del delito de Grooming. En primer lugar, la figura clásica del abuso sexual simple (Art. 119) y el delito de abuso sexual con el aprovechamiento de la inmadurez sexual de la víctima (Art. 120) sancionan en conjunto a quien comete estos actos con personas menores de 16 años, aun cuando éstas hayan prestado su consentimiento. Sin embargo no establecen sanción para aquel sujeto que, luego de conocer a otra persona que cuenta con 16 o 17 años de edad, logra seducirla o despertar sentimientos afectivos comenzando una relación que incluya la consumación de relaciones sexuales (Sin importar su inexperiencia en el tema). Como vemos esto no está sancionado por estos artículos del código de fondo. Ahora bien ¿Qué sucede cuando el sujeto conoce a una persona de este margen etario -16 y 17 años- a través de una red social? Efectivamente el mismo queda expuesto a ser imputado por la figura del artículo 131 del Código Penal. Si por el contrario esta persona conociera al niño o niña de esa misma edad -16 o 17- de manera personal, y no contactándola a través de dispositivos tecnológicos, concretando el mismo tipo de relación sexual, la acción en este caso no es penada (Siempre que sea consentida por el niño o niña).

Como vemos la cuestión podría reducirse a cuál es el medio a través del cual se inicia el contacto. Si el sujeto conoce al niño o niña en persona no es sancionado, pero si por el contrario lo contacta y comienzan su relación a través de una red social la sanción recae sobre el primero y la pena aplicada es la misma que la prevista para el abuso sexual simple, sin importar el consentimiento que haya prestado el niño o niña. De esta manera pueden darse supuestos en los que contactar por medio de estas tecnologías a un niño o niña mayor de 16 años con el propósito de entablar una relación tiene la misma respuesta punitiva que si efectivamente se abusare

sexualmente de él o ella, porque con la actual redacción de esta norma se prevé la misma pena para el contacto con el niño por redes sociales, que para el abuso sexual en sí mismo, y se amplía el margen etario del sujeto pasivo hasta los 17 años inclusive siempre que el contacto sea a través de tecnologías de la comunicación.

En conclusión la desproporción a la que se hace mención radica en que no hay pena para mantener relaciones sexuales consentidas con una persona de 16 o 17 años de edad conforme con los clásicos artículos 119 y 120 del Código Penal, pero sí se sanciona con la misma pena que el abuso sexual simple el *contacto* con estos niños siempre que sea realizado a través de dispositivos tecnológicos—Art. 131 del Código Penal-.

4.- Lesiones graves y gravísimas (Arts. 90 y 91) en su relación con el delito de abigeato (Art. 167 ter. ss.).

La última comparación entre las sanciones que prevén dos tipos penales que al ser contrapuestas nos demuestran la asimetría en el quantum establecido por el legislador a la hora de fijar las penas es quizá la más simbólica, ya que deja de manifiesto el marcado interés que han tenido los estados –no solo en nuestro código y tampoco únicamente en la actualidad- por proteger la propiedad privada incluso por encima de la integridad física y la salud de las personas. En este punto vamos a comparar la pena para un delito que, a mi entender, provoca un desmedro a un bien jurídico de carácter fundamental como lo es la integridad física y la salud (Lesiones graves y gravísimas previstas en los artículos 90 y 91 del Código Penal), con la pena prevista para un delito que protege la propiedad privada como lo es el de abigeato previsto en el artículo 167 ter y subsiguientes de dicho código.

Creo que todos coincidiremos en que, con el fin de mantener nuestra salud e integridad física, o la de un ser querido, haríamos cualquier esfuerzo económico que se encuentre a nuestro alcance, y siempre que dispongamos del poder adquisitivo necesario la salud sería una prioridad para cualquiera. Sin embargo en materia de derecho penal en algunos casos parece ser a la inversa, ya que en cuestiones específicas nuestro código va a sancionar con penas iguales, e incluso más leves, a quien provoque daños irreparables en la salud del sujeto pasivo, teniendo mayor clemencia con quien proceda a realizar hurtos campestres –o de establecimientos rurales- (También denominados abigeatos). Veámoslo en detalle. La persona que provoca en otro una debilitación permanente de la salud, de un sentido, de un órgano, de un miembro o una dificultad permanente de la palabra o si hubiere puesto en peligro la vida del ofendido, le hubiere inutilizado para el trabajo por más de un mes o le hubiere causado una deformación permanente del rostro será sancionado con pena de 1 a 6 años de prisión –art 90 del código penal-. Esta sanción está muy por debajo de la pena establecida para quien robe una cabeza de ganado mayor o

menor de un establecimiento rural. De esta manera la persona que sustraiga por ejemplo una oveja o un cerdo de un campo será sancionada con pena privativa de la libertad que va desde 2 a 6 años de cárcel, mientras que aquel que le provoque a otro una *deformación permanente del rostro* será sancionado con pena de 1 a 6 años de prisión.

Si avanzamos aún más en el análisis y nos dirigimos hacia los agravantes de ambas figuras, vemos que quien provoca en otro una enfermedad mental o corporal, cierta o probablemente incurable, la inutilidad permanente para el trabajo, la pérdida de un sentido, de un órgano, de un miembro, del uso de un órgano o miembro, de la palabra o de la capacidad de engendrar o concebir recibirá una pena privativa de libertad de 3 a 10 años –artículo 91 del código penal-. Es decir que ésta será la pena prevista para quien, por ejemplo, de manera dolosa provoque en otra persona la pérdida total de la visión. Casi idéntica es la sanción para quien en lugar de robar una cabeza de ganado mayor o menor lleva adelante la sustracción de cinco o más cabezas de ganado, fijando el código para quien realice este acto una pena que va de 3 a 8 años de privación de libertad. Según esta lógica robar 5 cerdos tiene prácticamente la misma consecuencia penal que dejar ciega -por poner un ejemplo- a otra persona.

5.- Conclusión.-

A lo largo de esta exposición hemos analizado como en la casuística jurídica pueden presentarse situaciones que podríamos denominar “desproporcionadas” en lo que respecta a la respuesta punitiva establecida por la ley, ya que para quienes son condenados por la comisión de delitos que producen un desmedro leve a un bien jurídico, y ven que se encuentran cumpliendo penas similares -o incluso más graves- que otros condenados que llevaron a cabo acciones típicas que lesionaron bienes jurídicos primordiales para la vida de las personas, la cuestión no parecerá un tema menor.

Ahora bien podríamos indagarnos acerca de las causas que han generado esta situación, y me permito aventurar dos respuestas. La primera de ellas está basada en la intencionalidad del legislador, que históricamente ha tenido la premisa de la defensa de los bienes jurídicos de carácter material (Propiedad privada), motivo por el cual los delitos contra los mismos poseen penas con un alto contenido punitivo y generan el mayor caudal de causas judiciales y de condenas. Otra respuesta quizá menos contestataria, atribuiría el problema a la dificultosa tarea a la que se enfrenta el poder legislativo a la hora de la sanción de las normas. No hay que perder de vista el hecho de que muchas veces las reformas que se van incorporando de manera sucesiva en el Código Penal terminan repercutiendo en aspectos de este cuerpo legal (o incluso de otros cuerpos legales afines –ley de ejecución penal, códigos procesales, etc...) de una manera que no pudo ser tenida en cuenta a la hora de legislar. De este modo suele suceder que las leyes surgen o son reformadas al calor de los eventos sociales y políticos que un momento dado presionan para que de manera rápida se aprueben proyectos que no han sido debatidos seriamente o siquiera estudiados por personas capacitadas en la materia que se legisla, por lo que salen de manera “expres”. También puede suceder que escapen a la visión del legislador los eventuales efectos colaterales de la sanción de la norma, ya que como sabemos una vez aprobadas las leyes cobran vida propia y empiezan a incidir en la

sociedad de una manera que puede distanciarse de la voluntad con la que fueron creadas.

Más allá de cualquier respuesta posible, considero que lo importante es no perder de vista que el derecho está ahí, para ser reformulado, criticado, replanteado y debatido, y más aún el Derecho Penal, en donde se regulan aspectos esenciales de la vida social y de los individuos, como lo son los delitos, las penas, los dolores, las pérdidas y la libertad de las personas, porque en última instancia no debemos olvidar que la letra fría de la ley en realidad es un reflejo de todas y cada una de las problemáticas que padecen a diario los hombres y mujeres de carne y hueso.