

Título: La jurisprudencia y su influencia en torno al nuevo proyecto del Código Penal

Autor: Morabito, Mario Rodrigo

Publicado en: Sup. Esp. - Comentarios al Proyecto de Código Penal 2019 (junio), 15/06/2019, 803

Cita Online: AR/DOC/2047/2019

(\*)

## I. Introito

Nuestro Cód. Penal se ha convertido prácticamente y hasta donde conozco como el más viejo del mundo, ergo su sanción data del año 1921 y hasta la fecha lleva exactamente 98 años de vigencia y sufrió más de novecientas reformas parciales, lo cual implica serias dificultades a la hora de ponerlo en práctica ante la comisión de hechos delictivos.

Si a ello le sumamos que el acelerado y convulsionado mundo en el que vivimos es generador de nuevos conflictos sociales que muchas veces necesitan regulación legal (1), la necesidad de un nuevo Cód. Penal para la República Argentina se torna necesaria e imprescindible, máxime cuando el Estado ya intentó varias reformas fallidas con cada gobierno que le tocó dirigir los destinos del país (2).

En actual proyecto se ha puesto especial énfasis en algunos delitos que se consideran de mayor preocupación como lo son el narcotráfico, corrupción, delitos contra el medio ambiente, piquetes, delitos informáticos, delitos genéticos, entre otros.

Ahora bien, más allá de ello, lo importante es determinar si el actual proyecto mantiene inconsistencias en materia de tipicidad y penológicas que la jurisprudencia del país pudo observar a través de determinados fallos y que no fueron tenidas en cuenta en el actual.

Este trabajo se centrará especialmente en tales contingencias solo con el fin de aportar y lejos de toda crítica.

## II. Tipificaciones que dejan dudas y las modificaciones necesarias que no fueron ¿Qué dijo la jurisprudencia?

### 2.1. Parte general

#### 2.1.1. Libertad condicional

A lo largo de examinar el nuevo proyecto de Cód. Penal, se observan algunas cuestiones que debieron haber sido observadas por el legislador en razón a que la jurisprudencia resaltó su tensión incluso con la Constitución Nacional.

En efecto, en esta exégesis, una de las primeras dudas que surgen son las relativas a la libertad condicional que aparece regulada en el art. 14 del proyecto de la siguiente manera: "La libertad condicional no se concederá a los reincidentes salvo que hubiesen cumplido treinta y cinco (35) años de prisión y hubiesen concurrido los demás requisitos señalados en el art. 13. Si la reincidencia fuera múltiple el plazo ascenderá a cuarenta (40) años. Tampoco se concederá en el caso de condenados por delitos dolosos cometidos con violencia que hubiesen conllevado para la víctima graves daños a la salud o la muerte, salvo que hubiesen transcurrido los plazos establecidos en el primer párrafo. Se considerará que concurre uno de los casos previstos en el segundo párrafo si hubiese recaído condena por homicidio agravado, abuso sexual agravado, secuestro extorsivo o cualquier otra privación ilegal de la libertad agravada, trata de personas, tortura, desaparición forzada de personas, delitos de lesa humanidad, genocidio, delitos de guerra y terrorismo. Tampoco se concederá en los casos de corrupción de menores, explotación de la prostitución, contrabando agravado, financiamiento del terrorismo y tráfico de estupefacientes"(3).

Como punto de partida, cabe destacar que el art. 14 del proyecto no prevé libertad condicional para quienes fueren reincidentes, estableciendo la excepción de haber cumplido la persona condenada 35 años de prisión o 40 años en caso de múltiple reincidencia.

Evidentemente, esta situación se torna compleja toda vez que (salvo en determinados delitos de gravedad inusitada) la pena no llegará a los 35 años, por ende, todas aquellas personas cuya sanción sea menor no tendrán libertad condicional mientras que sí podrán optar por ella aquellos reincidentes que cumplan 35 o 40 años dependiendo del caso.

Entonces ¿cuál fue la finalidad perseguida? y, por otra parte, si la libertad condicional no se concede a los reincidentes ¿cuál es la razón de concederla a aquellos que son reincidentes pero que cumplieron 35 o 40 años de condena? ¿No se estaría afectando el principio de igualdad y, por ende, discriminando a una categoría de personas en iguales condiciones que otras pero con condenas más leves?

Quizás la redacción del primer párrafo de actual art. 14 del Cód. Penal (4) sea menos problemática más allá

de los reparos de inconstitucionalidad (5), como también los fundamentos de la constitucionalidad (6) que ha tenido por parte de la jurisprudencia.

Evidentemente, la reincidencia seguirá siendo un tema de discusión y los planteos jurídicos una cuestión a resolver por parte de los tribunales penales del país.

En mi opinión personal, la libertad condicional o se concede o no se concede a los reincidentes, ergo establecer que a partir de cierta cantidad de años (7) por más que fuere reincidente o multirreincidente se podrá acceder a la libertad condicional traerá mayores dificultades en la práctica diaria al fijar categorías diferenciadas entre personas en iguales situación solo diferenciándose en la gravedad de la comisión del delito.

Con un ejemplo aparecerá más clara la hipótesis.

En el art. 164 del proyecto se regula el delito de robo agravado con una pena igual a la del actual art. 164 del Cód. Penal vigente, esto es, 1 mes a 6 años de prisión.

Ahora bien, supongamos que una persona comete el delito de robo y se lo declara reincidente, esta persona no podrá acceder a la libertad condicional, pero si podrá acceder al instituto una persona reincidente que hubiese cumplido 35 o 40 años de condena por haber cometido un homicidio agravado (8).

Por otra parte, no es lo mismo ser declarado reincidente por delitos contra la propiedad que por delitos contra la vida, en otras palabras no es lo mismo ser condenado más de una vez por robo que serlo por homicidio, en todos los casos el valor de los bienes jurídicos afectados es diferente.

Con la redacción del artículo queda la sensación, incluso, de injusticia para quienes se encuentren en esta situación ya que quienes cometan delitos más graves siendo reincidentes obtendrán la libertad condicional a los 35 o 40 años de prisión, mientras que aquellas personas que cometan delitos con menos pena y sean declarados reincidentes no podrán acceder al derecho de libertad. La situación se torna compleja.

Quizás hubiese sido más conveniente y menos compleja una redacción que estableciera que la libertad condicional se concederá a los reincidentes en la medida que los resultados del tratamiento penitenciario durante el tránsito de su condena fueran los esperados.

Por último, deseo poner énfasis en la importancia que tiene la posibilidad de obtener la libertad condicional, incluso para los reincidentes al cumplir 35 o 40 años de condena debido a los graves efectos segregatorios y desocializadores que tiene la pena de prisión, máxime ante tantos años de encierro, no obstante y más allá de ello, estimo que el derecho a la libertad condicional debiera garantizarse de acuerdo con el grado de resocialización que la persona privada de libertad haya adquirido durante el encierro cualquiera fuera su pena sin distinción alguna.

#### 2.1.2. Admisión de personas privadas de libertad en establecimientos carcelarios nacionales

Siguiendo con el análisis propuesto, otra de las disposiciones del proyecto que podría traer serias consecuencias para los fines resocializadores de la pena es la prevista en el art. 18 que dispone lo siguiente: "Los condenados por tribunales locales a prisión por más de cinco (5) años serán admitidos en los respectivos establecimientos nacionales. Las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires podrán trasladarlos siempre que no tuviesen establecimientos adecuados".

Debe quedar en claro que el traslado solo podría ser posible de un establecimiento carcelario provincial a uno nacional siempre y cuando ambos establecimientos se encuentren ubicados en el mismo territorio donde la persona cometió el delito y fue condenada, pues no todas las provincias cuentan con establecimientos adecuados (9) y menos aún con establecimientos nacionales en su territorio, por lo que la norma no puede dejar abierta la posibilidad a traslados indiscriminados a otras jurisdicciones provinciales que pudieran afectar los vínculos familiares de las personas privadas de libertad, pues solo están permitidos los traslados que tiendan a garantizar el acercamiento para los mejores efectos resocializadores de la pena (10).

### 2.2. Parte especial

#### 2.2.1. Art. 80 inc. 1º "relación de pareja"

En la parte especial del proyecto, se vislumbra que el inc. 1º del art. 80 elimina la frase "relación de pareja" con los inconvenientes que ha traído este término tanto para la doctrina como para la jurisprudencia sobre todo en cuanto a relaciones ocasionales, pasajeras o clandestinas (11).

Sin embargo, no puedo dejar pasar esta oportunidad, para exponer los argumentos expuestos en el conocido caso Nahir Galarza, en donde el tribunal analizó acabadamente el término "relación de pareja".

Dijo el tribunal:

"...Con respecto a la calificante establecida en el primer inciso del art. 80 del Cód. Penal, es preciso recordar

que este sanciona con la mayor penalidad prevista en el catálogo represivo, a quien matare a su ascendiente, descendiente, cónyuge, ex cónyuge, o a la persona con quien mantiene o ha mantenido una relación de pareja, mediana o no convivencia. Por lo tanto, en la situación de autos, debe analizarse si entre Fernando Pastorizzo y Nahir Galarza existía una relación de pareja, para cuyo fin resulta menester interpretar el significado jurídico que corresponde asignar a tal expresión...

"...Ahora bien, en la necesidad de trazar un límite respetuoso del estado de derecho y de interpretación restrictiva de los tipos penales, es preciso delimitar qué tipos de relaciones de noviazgo ingresan dentro del ámbito de protección de la agravante, debiendo escrutar cuáles serían las notas distintivas de las relaciones que conforman el tipo, a partir de las cuales se podrá definir si la vinculación existente entre Nahir Galarza y Fernando Pastorizzo, puede ser considerada jurídicamente como una "relación de pareja". En primer término, es preciso señalar que muy dificultoso se torna definir con precisión lo que es noviazgo, puesto que se trata de un concepto tan impreciso y cambiante...

"...No obstante ello, a los fines de establecer un punto de partida para evaluar qué clases relaciones quedan amparadas por la agravación del inc. 1º del art. 80 Cód. Penal, se debe considerar al noviazgo como una vinculación personal e íntima entre dos personas, que traspasa con nitidez los límites de una simple relación de amistad...

"...Pues bien, resta definir entonces cuáles serían las notas distintivas específicas que debería tener una relación, para recibir la protección especial de la agravante analizada; a ese fin, con el propósito de contar con un marco referencial legal, me parece prudente tomar como punto de referencia algunos de los presupuestos fijados por la ley civil para las uniones convivenciales, que en cierta medida pueden servir de base para fijar las pautas de evaluación de la relación...

"...de acuerdo a lo establecido por el citado art. 509 Cód. Civil, los rasgos que debería tener una relación de noviazgo o como se la quiera llamar, para ser considerada 'de pareja', además de la afectividad y la intimidad cuya existencia no se ha discutido, son los de singularidad, publicidad, notoriedad, permanencia y estabilidad...

"...entiendo que las características antes indicadas pueden servir de faro para guiar la interpretación y el análisis en el caso concreto. A la luz de tales pautas, con absoluta certeza puede afirmarse que la vinculación existente entre Nahir Galarza y Fernando Pastorizzo, puede ser considerada "relación de pareja" en el sentido jurídico del término...

"...Ello así, por cuanto en primer lugar se encuentra certeramente comprobado que, entre ambos, existía una relación íntima y afectiva que rebasaba con holgura los límites de una relación de amistad. En ese sentido se debe tener en cuenta que no se ha discutido la afectividad e intimidad que existía entre ellos, aspectos que fueran reconocidos por la misma imputada al prestar declaración durante el debate, indicando incluso que con Pastorizzo tuvo su primera relación sexual a los 16 años de edad. Además se encuentran abonadas tales notas con los múltiples y permanentes mensajes de WhatsApp remitidos recíprocamente, demostrativos del afecto y del amor existente...

"...Tampoco quedan dudas en cuanto a que la vinculación entre ambos superaba con amplitud a la mera amistad, pudiendo ser considerada una relación de noviazgo, extremo que se corrobora sin mayores esfuerzos a partir de diversas declaraciones testimoniales brindadas durante el debate oral y público...

"...A los testimonios y demás elementos analizados previamente que, per se, resultan suficientes para establecer la relación existente, se suman los numerosos mensajes de texto remitidos entre ambos de manera recíproca por distintos medios y redes, que refuerzan el ya contundente cuadro probatorio en este sentido...

"...Además de encontrarse certeramente comprobada la relación de noviazgo existente, tampoco existen dudas en cuanto a que se trataba de una vinculación singular, siendo menester señalar, en este sentido, que la singularidad exigida por la legislación civil, es derivación exclusiva de la analogía trazada entre la unión convivencial con el matrimonio, como modelo familiar de organización fincado en la monogamia, y presupuesto para el reconocimiento de derechos entre sus integrantes. Este presupuesto, a mi entender, puede o no estar presente a los fines de la configuración de la relación de pareja, puesto que si, como ya lo expresé, la razón que justifica la aplicación de la agravante, es el quebranto de fundamentales deberes de respeto que se deben quienes conforman la relación, como así también de la confianza mutua entre ambos, es indiferente que se trate de una relación singular o monógama, puesto que los mismos deberes también se encuentran presentes en las relaciones de bigamia, y por lo tanto no pueden quedar ajenas a la protección normativa. Sin embargo, como lo expresara, entiendo que en el caso, la relación existente entre los involucrados claramente reunía las notas de singularidad. De este modo queda absolutamente claro que la relación entre Nahir y Fernando era singular, lo que no se empaña por el hecho que la primera, o incluso ambos, puedan haber mantenido relaciones casuales u ocasionales con terceras personas, puesto que a la vista está que tales vinculaciones en absoluto se

asemejaban a la especial que mantenían entre ellos...

"...Tampoco quedan dudas que la relación entre acusada y víctima era pública y notoria, ya que como surge de lo declarado por los amigos de Fernando Pastorizzo, era evidente e innegable la vinculación entre ellos. Y no solo lo conocían del vínculo los amigos de Fernando, sino también la madre de este y hasta terceras personas tal como se expresara más arriba —Osorio Cadot, Silveyra Gutiérrez—, e incluso quienes formaban parte del círculo íntimo de Nahir Galarza, como sus amigas Sol Martínez y Guillermina Salva, habiendo expresado esta última que conocía que andaban de novio —Fernando y Nahir—, 'porque todos lo sabían, lo decían...'. Además de las personas mencionadas, también se encuentra comprobado que los padres de Nahir Galarza conocían a Fernando Pastorizzo, y la vinculación que existía entre ellos...

"...Siguiendo con el análisis de la relación existente entre acusada y fallecido, también encuentro presentes las notas de estabilidad y permanencia referenciadas en el art. 509 Cód. Civ. y Com. En ese sentido, el cuadro probatorio reunido permite establecer que la vinculación entre Nahir Galarza y Fernando Pastorizzo no se trató de algo momentáneo, accidental o casual, sino de una relación duradera que ha perdurado en el tiempo, pese a verificarse recurrentes episodios de disgustos, aunque efímeros. Sin reparo alguno puede afirmarse entonces, que una relación que se ha extendido en el tiempo por el término aproximado de cinco años, es una relación permanente al haber perdurado por un término considerable, y que por ello se distingue con holgura de un vínculo momentáneo o circunstancial. Además ha quedado claro que la relación gozaba de estabilidad, puesto que si bien los testigos conocidos de la pareja relataron que iban y venían, haciendo referencia incluso a diversos desencuentros entre Fernando y Nahir, lo cierto es que esos episodios eran breves recomponiéndose la relación casi de forma inmediata...

"...Queda entonces corroborado que la relación entre Fernando y Nahir, iniciada aproximadamente en el año 2013 a estar a la leyenda impresa por la misma encartada a la foto de fs. 176, perduró hasta al menos el día 25 de diciembre de 2017, desarrollándose durante todo ese lapso con algunos desencuentros propios de cualquier pareja, pero que en modo alguno han significado una interrupción seria de la vinculación, de manera tal que puede considerarse a la misma como estable y permanente...

"...A la luz de lo expuesto, se puede concluir de modo categórico y con absoluta certeza, que la relación afectiva existente entre Nahir Galarza y Fernando Pastorizzo, reúne las notas características propias de una "relación de pareja" en el sentido jurídico que debe asignarse a tal expresión, absolutamente respetuosa y en consonancia con la finalidad que ha tenido el legislador al sancionarla...

"...Es que resulta por demás claro que una relación afectiva e íntima, singular, pública, notoria, estable y permanente como la existente entre aquellos, es el grupo de casos que el legislador ha querido comprender dentro de la norma a los fines de brindarle una especial protección, por revelar la conducta un plus de antijuridicidad material al quebrantar los fundamentales deberes de respeto y la singular confianza que genera esa clase de relaciones...

"...Se añade a lo expuesto, que a la luz de los hechos comprobados, la acusada se ha valido de la confianza que existía con Pastorizzo para concretar su ataque a la vida de este, puesto que es indudable que la víctima condujo su motocicleta desde la casa de Galarza hasta el lugar donde fuera ultimado, transportando detrás suyo a su pareja, sin tener conocimiento de lo que le ocurriría, y sin esperar o sospechar siquiera un comportamiento como el acontecido...

"...Y esa confianza es la que pone a la víctima en una particular situación de indefensión, puesto que un obrar como el sucedido no es esperable de parte de quien está obligado moralmente a respetarlo, fundamentalmente a no atacar contra su integridad física o su vida, circunstancia aprovechada por la acusada para llevar a cabo su ataque y concretar su propósito homicida, incrementando de ese modo el disvalor de su actuar que lo torna merecedora de la mayor penalidad prevista en el art. 80, inc. 1º Cód. Penal...

"...Por lo tanto, considero que la conducta cargada a la imputada satisface las exigencias del tipo contenido en la norma antes citada, en razón de la interpretación que se ha hecho..."(12).

En definitiva, el término utilizado por el legislador para agravar la pena ha generado debate tanto en el campo doctrinario como el jurisprudencial, sin embargo, el proyecto elimina del tipo penal el controvertido supuesto a los fines de no generar decisiones que puedan traer inseguridad e incertidumbre jurídica en distintos casos.

Pues para lo que un tribunal puede considerar que es una "relación de pareja", para otro u otros, quizás no lo sea (13).

2.2.2. Circunstancias extraordinarias de atenuación y parricidio emocional. Inconstitucionalidad de la pena. Art. 82 del Código Penal

Una de las cuestiones fundamentales que la jurisprudencia ha resaltado y que los autores del proyecto no corrigieron, es la cuestión relativa a la inconstitucionalidad del actual art. 82 del Cód. Penal y que se repite en el art. 82 del proyecto [\(14\)](#).

En efecto, mucho se ha discutido respecto del actual pena que prevé el art. 82 de 10 a 25 años respecto de las circunstancias extraordinarias de atenuación que tienen una pena de prisión de 8 a 25 años, cuando en realidad estas últimas son más graves que aquellas.

En este sentido, se ha dicho que si bien toda la doctrina y la jurisprudencia se ha puesto de acuerdo, sin hesitar, que la "circunstancias" son de menor entidad "disculpadora" del homicidio del pariente, es decir, de otra manera, que el homicidio vincular con emoción violenta tiene, como decía Carrara, menos "cantidad delictiva" que el parricidio con circunstancias extraordinarias de atenuación. ¿Cómo entender entonces, que si bien ambos delitos tienen el mismo tope mensurativo máximo de veinticinco años, tenga tope mínimo de diez el parricidio emocional, y tope mínimo de ocho el parricidio, si este, producido con emoción violenta es menos grave que el homicidio circunstanciado atenuadamente? [\(15\)](#).

Sin dudas que nuestra jurisprudencia ha sido determinante al señalar que "la emoción violenta, por su excusabilidad, genera un menor reproche de culpabilidad que en las circunstancias extraordinarias, pues si en esta ha existido emoción violenta falta la excusabilidad; de allí que las penas de ambas figuras, cuando comenzaron a coexistir en el Cód. Penal, reflejasen esa diferencia.

"Cuando la ley 17.567 introdujo las circunstancias extraordinarias en caso de concurrencia con la agravante del vínculo (80, 1º), estableció la pena de reclusión o prisión de ocho a veinticinco años; mientras que para la emoción violenta (81, 1º) en idéntica concurrencia fijó la escala de dos a ocho años de prisión. Adviértase que la punitividad de la emoción violenta era notablemente menor por la magnitud de la pena, tanto en su mínimo como en su máximo. Esa relación fue mantenida incluso por la ley 21.338.

"La discordancia aparece cuando, al derogarse la ley 21.338 por el Parlamento del gobierno democrático de 1983, la Ley de Defensa de la Democracia (23.077) mantuvo, en lo que aquí interesa, la misma pena para las circunstancias extraordinarias de atenuación de la ley 21.338, pero al derogar la disposición que se refería a la pena de la emoción violenta, se volvió a la que originariamente tenía en el Cód. Penal de 1921: reclusión o prisión de 10 a 25 años.

"Desde la vigencia de la ley 23.077 (1984) hasta la actualidad, es decir durante prácticamente dos décadas, se mantienen esos incongruentes marcos punitivos que conducen a una pena más grave para la atenuante mayor, ya que el mínimo de la emoción violenta —máxima atenuante— es dos años mayor que el de las circunstancias extraordinarias de atenuación —atenuante menor—. La apuntada discordancia resulta de una irrazonabilidad e inequidad manifiesta (CS, 'Martínez, José Martín', Fallos 312:826, del Voto del Dr. Fayt que concurre a formar la mayoría del Alto Tribunal), harto elocuente para viciar la constitucionalidad de la escala penal del homicidio en estado de emoción violenta. No obsta a este examen la falta de planteo de la cuestión constitucional ya que 'tratándose de materia penal, que está al margen de los intereses puramente individuales y corresponde a la esfera del interés público, los tribunales pueden, en los casos sometidos a su conocimiento, examinar por propia iniciativa la constitucionalidad de las normas en cuestión y negar la aplicación de las que consideren inconstitucionales' (Núñez, Ricardo C., Tratado de derecho penal, Ed. Lerner, t. I, p. 91). Tal irrazonabilidad aparece, como se ha visto, como fruto de un error del legislador que al derogar la ley penal del gobierno de facto en relación a la emoción violenta, produjo el efecto de punir con mayor rigor esa ofensa al mismo bien jurídico con menor culpabilidad, que la ofensa con un grado de culpabilidad mayor. Resulta al caso aplicable la denominada regla de la clara equivocación, conforme a la cual 'solo puede anularse una ley cuando aquellos que tienen el derecho de hacer leyes no solo han cometido una equivocación, sino que han cometido una muy clara —tan clara que no queda abierta a una cuestión racional', en cuyo caso 'la función judicial consiste solamente en establecer la frontera exterior de la acción legislativa razonable' (Thayer, J. B., 'The origin and scope of the american doctrine of constitutional law', Harvard Law Review, Vol. 7, Dorado Porrada, Javier, 'El debate sobre el control de constitucionalidad en los Estados Unidos. Una polémica sobre la interpretación constitucional', Instituto de Derechos Humanos, Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson, 1997, p. 14 y ss.). No se trata de controvertir por los jueces el mérito, conveniencia o discrecionalidad de los legisladores en la fijación de las escalas penales, sino de reparar el error a través del remedio con que el Poder Judicial cuenta para restablecer los principios constitucionales en juego. Entre esos principios se encuentran el de igualdad (CN, 16), que al menos exige tratar de manera semejante a quienes se encuentran en situaciones similares. En estrictez, para la conceptualización de la Corte Suprema, la garantía de igualdad 'importa el derecho de todos a que no se establezcan privilegios o excepciones que excluyan a unos de lo que se concede a otros en iguales circunstancias' (Fallos 101:401; 124:122; 126:280; 127: 167, entre muchos otros). Si esto es así para quienes se encuentran en identidad de circunstancias, también lo es respecto de quien se encuentra en una situación similar y de menor

reprochabilidad, como acontece para quien mata en estado de emoción violenta excusable respecto de quien está en las circunstancias extraordinarias. Es que resulta lesionada esta garantía a por lo menos igualdad de trato, si el mínimo de la pena para quien tiene la atenuante mayor es superior a la de quien tiene la atenuante menor. También entre los principios constitucionales lesionados se encuentra la proporcionalidad de la pena con la culpabilidad. El principio de proporcionalidad emerge del propio estado democrático de derecho (CN, 1º) y se irradia vedando la utilización de medios irrazonables para alcanzar determinados fines. En su vinculación con la culpabilidad, se ha señalado que 'cuando la aplicación del mínimo de la escala penal del delito de que se trate diese por resultado una pena que no guarde un mínimo de proporción con el grado de culpabilidad del agente, el tribunal debe apartarse del mínimo hasta lograr una pena adecuada a la culpabilidad del hecho' (Zaffaroni, Eugenio R. y otros, Derecho penal. Parte general, Ed. Ediar 2000, p. 955). Para el caso, el mínimo de la emoción violenta (10 años) resulta desproporcionado para el grado de culpabilidad de la imiúsda, en comparación con el mínimo de las circunstancias extraordinarias (8 años) en que el grado de culpabilidad es mayor..."(16).

Adviértase que esta notable falla debería haber sido tenida en cuenta para evitar futuros planteos que tornen la norma inconstitucional, pues a mi modo de ver no existe duda alguna en cuanto a que la norma no supera test de constitucionalidad y convencionalidad alguno, ergo se castiga con mayor pena mínima a lo que en el caso en concreto debería ser con menos sanción, me refiero al parricidio vincular en estado emocional cuyo mínimo de 10 años es contrario a los principios de culpabilidad y proporcionalidad de las penas.

### 2.2.3. Infanticidio. Art. 81 inc. 3º

Un avance de importancia que debe destacarse, es la incorporación de la figura del infanticidio nuevamente al Cód. Penal.

En efecto, el art. 81 inc. 3º del proyecto establece lo siguiente: "...Art. 81.— Se impondrá prisión de tres (3) a seis (6) años:... 3º) A la madre que matare a su hijo durante el nacimiento o inmediatamente después, en circunstancias extraordinarias de atenuación..."

Ahora bien, la importancia del tema merece algunas apreciaciones.

A partir del caso Romina Tejerina condenada en 2005 a 14 años de prisión por homicidio, se instaló nuevamente en la Argentina el largo debate sobre la incorporación de la derogada figura del infanticidio al Cód. Penal argentino (17).

En relación con este caso que tuvo gran connotación en nuestra Argentina, Luís Ohman ha señalado que "Romina Tejerina ha obtenido la libertad condicional y los beneficios que surgen de la progresividad de la pena en la aplicación de la Ley de Ejecución Penal. Ninguna decisión judicial reparo la atrocidad jurídica de este juicio y la desaparición del Cód. Penal de la figura del infanticidio de 1921. Seis proyectos han perdido estado parlamentario y han tenido la misma resistencia que los proyectos que intentan legislar sobre la despenalización del aborto.

"La clínica psiquiátrica hace más de un siglo describió la semiología de un cuadro poco frecuente como el de psicosis puerperal y los cuadros confucionales agregados. El derecho penal pudo encontrar en la intersección con esta clínica el lugar para legislar sobre los atenuantes de un cuadro tan dramático y de graves consecuencias.

"Con Romina Tejerina está allí la violencia originaria, instituyente "el martillo de las brujas para golpear a Las brujas y sus herejías con poderosa maza, la inquisición". Está reemplazada y representada por un instituto del derecho penal, el Estado y la psiquiatría, la ciencia, el principio de peligrosidad, que pretende en la condena de este infanticidio el olvido de la violencia originaria.

"Romina no es una bruja, ha sido demonizada y es en realidad una niña-mujer acorralada por la desesperación y la locura, por la exclusión y la pobreza extrema, y por los prejuicios de una sociedad jerarquizante y patriarcal en tiempo de sida y abortos sépticos penaliza al extremo la enfermedad y se opone al uso de preservativos.

"No les importa esta tragedia, solo importa la moral jerarquizante de la ley y el orden.

"El infanticidio de Romina es una violencia demorada, un aborto tardío que estalló en forma ocasional y terrible, producto de una encerrona trágica, una acumulación de violencias y violaciones que la hicieron puro destino; perdió la libertad para elegir, como miles de niñas-madres, abusadas y prostituidas precozmente, a las que el Estado victimiza y abandona al desvalimiento y la intemperie, y después las condena como la inquisición"(18).

Años atrás, el infanticidio estaba previsto en el art. 81 inc. 2º del Cód. Penal. Pero fue derogado en 1994. Se le cuestionaba que el móvil que se esgrimía para atenuar la pena a la autora del homicidio del hijo recién nacido

era el ocultamiento de la deshonra de la mujer adúltera o madre soltera (19). Con la intención de eliminar ese concepto arcaico y sexista, finalmente se borró por completo la figura penal que contemplaba penas cuando el homicidio ocurría en el período puerperal. Las penas previstas iban de los seis meses a los dos años de prisión.

Ahora bien, en la mayoría de los casos, las mujeres que cometen violencia letal sobre sus hijos tienen una biografía donde la violencia ha sido una forma aprendida de encarar la vida que luego es, a veces, replicada en la etapa de jóvenes adultas, en la época en que tienen sus propios hijos (Easteal, 2001, Leonar 2001, Radoch 2002) Las mujeres que ejercen una violencia letal sobre sus hijos deben sobrellevar una impugnación pública que las ubica en un lugar de "muerte social" que va más allá de la condena judicial recibida. Esto parece deberse a un mandato imperante acerca de las connotaciones que recibe el rol materno que se asocian con el de una "buena madre", que implica estar despojada de todo sentimiento de egoísmo para poder proteger adecuadamente la vida de los hijos, ser sumisa, humilde, generosa, asexuada, ama de casa, solícita y tolerante entre otras cualidades. Ellas parecen haber fracasado en el cumplimiento de algunos o todos los requisitos que la sociedad impone; al caer en su contraparte, siendo una "mala madre" se desencadena una percepción, evaluación y reclamo sobre una relación que se supone estática y lineal entre el delito cometido y un supuesto fracaso individual para cumplimentar esta función. La amonestación recae solo en ella como si fuera alguien que está y vive en el mundo sin conexiones familiares ni sociales (Weston Henriquez y Manatu-Rupert 2001) (20).

Con respecto al tema abordado, los autores han señalado que "...El infanticidio es igualmente el efecto de una contradicción inevitable en la que se encuentra una persona que ha cedido por la debilidad o por la violencia. Quien se encuentra entre la infamia y la muerte de un ser incapaz de sentir los males, ¿Cómo no preferiría esta a la miseria infalible a la que se verían expuesto ella y el fruto infeliz? La mejor manera de prevenir este delito sería proteger con leyes eficaces la debilidad contra la tiranía, la que exagera los vicios que no pueden cubrirse con un manto de virtud. No pretendo disminuir el justo horror que merecen estos delitos; pero, al indicar sus fuentes, me creo en el derecho de extraer una consecuencia general, es decir, que no se puede llamar precisamente justa (lo que quiere decir necesaria) la pena de un delito hasta tanto la ley haya adoptado el mejor medio posible para prevenirlo en las circunstancias dadas de una nación..." (21).

En relación con esta realidad, corresponden los siguientes interrogantes ¿luego del caso Romina Tejerina han ocurrido otros similares en la Argentina?, verdaderamente sí ¿Y cuál ha sido la posición asumida por los Tribunales del país luego del fallo Tejerina?, ciertamente disímil. Veamos algunos de ellos.

Durante 2006, dos mujeres que dieron muerte a sus bebés en el momento del parto fueron absueltas por tribunales de Entre Ríos (22) y Córdoba (23) respectivamente porque consideraron que "no comprendían la criminalidad del acto" o bien porque contemplaron "la violencia de la que fueron víctimas".

En lo que respecta a mi provincia (24), se encuentra como antecedente el caso de María Isabel Molina (25) quien fuera condenada por unanimidad a la pena de ocho años y medio impuesta por la Cámara en lo Penal de Segunda Nominación (26) al encontrarla culpable del delito de "homicidio agravado por el vínculo mediando circunstancias extraordinarias de atenuación".

Esta última, quizás, ha sido la solución en muchos de los casos en los que sucedió un auténtico "infanticidio" (27), sin dejar de tener en cuenta las decisiones en que los tribunales argentinos han dispuesto la absolución de las imputadas en distintas causas en las que valorando minuciosamente las circunstancias en las que se produjo la muerte del niño llegaron a tal solución (28).

El argumento utilizado por el tribunal cordobés para absolver a Elizabeth Díaz (29), es una razón más que suficiente para liberar de responsabilidad penal a la madre si se examina el previo contexto del que resultó víctima (30) y, además, —lo que no puede ser dejado de lado hoy por el tribunal de juicio penal— la valoración y aplicación de las normas que regulan la violencia de género en el ordenamiento jurídico vigente (31).

No obstante, insisto, ante la derogación del tipo penal del "infanticidio" del Cód. Penal argentino, muchos de los tribunales del país buscaron atemperar las consecuencias punitivas que conlleva la muerte de un hijo (32), a través de las "circunstancias extraordinarias de atenuación" (33); aplicando, incluso, el mínimo de pena posible en esos supuestos (34).

Tal vez el argumento utilizado para derogar el infanticidio del Cód. Penal argentino (35) haya sido más que atendible en virtud de normas internacionales que prohíben la discriminación contra la mujer, no obstante cabe preguntarse ¿no debió reformularse la norma pero sin dejar de regular el fenómeno?; indudablemente la respuesta que debe primar es la positiva, toda vez que los infanticidios continuaron ocurriendo en nuestro país y los establecimientos carcelarios se fueron poblando de mujeres que siendo de alguna forma víctimas anteriormente (36) y, además, vulnerables desde el punto de vista constitucional (37) e internacional (38), terminaron condenadas a pena privativa de la libertad cuando desde un comienzo el infanticidio era un delito excarcelable.

En definitiva, coincido con el legislador en regular normas penales que no sean discriminatorias y de hecho reformularlas si es que ya se encuentran plasmadas en el catálogo punitivo (39), pero de allí a dejar de regular un fenómeno que en muchos de los casos —por no decir la mayoría de ellos— son cometidos por mujeres afectadas en su historia de vida, siempre me pareció una decisión desatinada.

Ahora bien, hace ya un tiempo, el Congreso de la Nación dio media sanción a un proyecto de ley que atenuaba la pena a la mujer que matara a su hijo durante el nacimiento o luego, mientras se encontrara bajo la influencia del estado puerperal y fijaba el castigo de 6 meses a 3 años de prisión. Es decir que el asesinato de un niño en manos de su madre, hubiese tenido una pena excarcelable.

No obstante, el proyecto no se convirtió en ley para dar solución a la problemática que a partir de su derogación generó para los tribunales argentinos la eliminación del infanticidio.

El actual proyecto de Cód. Penal para el país viene a dar solución a estos inconvenientes, pero mientras tanto ello ocurra, una cuestión a tener muy en cuenta desde mi parecer, atendiendo especialmente al derecho internacional de los derechos humanos que hoy rige en nuestro derecho vigente (40) siendo ley suprema (41) es aquella que se utilizó en el caso de Elizabeth Díaz.

En efecto, pensemos por un momento en el fallo en su momento decidido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (42) sobre el aborto no punible cuando el embarazo es producto de una violación sobre cualquier mujer. En estos supuestos, —constatados los requisitos establecidos por la norma— el aborto practicado por un médico diplomado con el "consentimiento"(43) de la mujer encinta no será castigado penalmente por una cuestión obvia; la madre ha sido víctima de un delito contra la integridad sexual y se ha contemplado el previo contexto del que resultó víctima para no imponerle una sanción penal.

Entonces, ¿cuál es la diferencia para aquella madre que oculta su embarazo durante 9 meses habiendo sido víctima de violación o de cualquier otro tipo de violencia contra ella? En estos casos, constatado el delito anterior (44), debido al estado de vulnerabilidad de la víctima, no considero que deba aplicarse punición alguna sino lisa y llanamente la absolucón de la madre acusada. Pues de lo contrario, el propio sistema penal sería más violento de lo que ya es y, sobre todo incoherente, castigando con una pena a quien ha sido víctima de un delito o, palabras más palabras menos, aplicando poder punitivo a la víctima de una violencia inaceptable y que es sancionada legalmente (45).

Siempre me pareció un absurdo que en el cotidiano social se reaccione muchas veces de manera contradictoria e irracional; pues reprobamos la violación (46) y más aún si como consecuencia la víctima ha resultado embarazada, pero a la hora de que la mujer decide interrumpir su embarazo (47), se cuestiona esa decisión y de repente escuchamos frases como ¿y qué culpa tiene el niño? seguramente que ninguna, pero la posibilidad de interrumpir un embarazo producto de una violación, es una decisión personalísima, privada y por cierto legalmente justificada.

Y ¿qué decir del infanticidio por las mismas consecuencias? En todos los casos, el tribunal de juicio deberá analizar minuciosamente el material probatorio que conste en el legajo y, si ha existido cualquier tipo de circunstancia, suceso, acontecimiento o hecho del que surja de un modo claro que la madre acusada de la muerte de su hijo fue o está siendo víctima de violencia previa, sumado al pleno respeto y obligatoria aplicación de los tratados internacionales de derechos humanos sobre género, la consecuencia penal no aparece como posible, pues al no tenerse seriamente en cuenta las condiciones específicas del caso, las historias de vida, los vínculos que ellas mismas tuvieron con sus madres, o los eventuales abusos en la infancia o adolescencia, se está negando no solo buena parte del conocimiento científico acumulado hasta ahora, sino la posibilidad de una defensa en sentido estricto. Las sentencias deberían poder dar cuenta de las razones y sucesión de acontecimientos que devinieron en un delito.

Fuera de estas cuestiones, habrá que analizar si el hecho puede derivar en el delito de infanticidio y —en el caso que se incorpore al Cód. Penal de conformidad a los requisitos que exige la figura— la pena a aplicarse.

En definitiva, resulta imprescindible que el legislador asuma su responsabilidad en su rol de elaborar leyes que aplicadas por la justicia sean eficaces para dar respuesta a fenómenos como el infanticidio, como así también, es indispensable que los intérpretes últimos de esa ley y que tienen la difícil misión de juzgar a mujeres que son sometidas al banquillo de los acusados por la muerte de su niño, no se desentiendan —si existe o ha existido— de la violencia previa de la que ha sido víctima, ya que así lo obliga el derecho internacional de los derechos humanos del que los jueces no pueden abstraerse de ninguna manera por imperio de la ley.

La incorporación del infanticidio al proyecto de Cód. Penal es auspiciosa.

#### 2.2.4. Eutanasia

La incorporación de la eutanasia en el proyecto de Cód. Penal también me parece un importante avance a la

hora de regular supuestos concretos en donde la prolongación de la vida implicaba un sufrimiento no solo para el paciente sino, además, para su entorno familiar.

Hasta el presente, situaciones como estas (48) quedan atrapadas en la figura de homicidio simple (49).

Sin embargo, el art. 81 inc. 4º del proyecto establece: "...Se impondrá prisión de tres (3) a seis (6) años: 4º) Al que, por sentimientos de piedad y por un pedido serio, expreso e inequívoco de quien esté sufriendo una enfermedad incurable o terminal, causare la muerte del enfermo. La misma pena se impondrá aun si mediare vínculo de parentesco, conyugal o de convivencia...".

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, ya se había expedido al respecto en el caso "D. M. A. s/ declaración de incapacidad"(50), garantizando que se respete la voluntad de una persona para que se suspendieran las medidas que desde hacía más de 20 años prolongaban artificialmente su vida (51).

Los puntos centrales abordados por el Máximo tribunal Nacional fueron los siguientes:

En primer lugar, sobre los derechos de los pacientes, señaló:

"...a) Que la solicitud de cese de soporte vital no importa una práctica eutanásica vedada por la ley sino que constituye una abstención terapéutica que si se encuentra permitida.

"b) Que la ley autoriza a solicitar el cese de la hidratación y alimentación artificial en tanto constituyen por sí mismos una forma de tratamiento médico, tal como lo han reconocido los Comités de Bioética que dictaminaron en la causa, los debates parlamentarios de la Ley de Derechos del Paciente, la reciente decisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso 'Lambert vs. Francia' y la jurisprudencia de los tribunales de máxima instancia de Estados Unidos, Italia, Francia, del Reino Unido y de la India.

"c) Que es indiscutible que M. A. D. es una persona en sentido pleno, que sus derechos fundamentales deben ser protegidos sin discriminación alguna y que, por ello, goza del derecho a la plena autodeterminación de decidir tanto recibir las necesarias prestaciones de salud como también cesar su tratamiento médico...".

En segundo lugar, al fundamentar que la única voluntad que debe tenerse en cuenta es la del paciente, la Corte sostuvo:

"...a) Que, a ningún poder del Estado, institución o persona distinta a M.A.D. le corresponde decidir si su vida, tal como hoy transcurre, merece ser vivida.

"b) Que la solución adoptada respecto de la solicitud formulada por las hermanas de M. A. D. de ninguna manera avala o permite establecer una discriminación entre vidas dignas e indignas de ser vividas ni tampoco admite que, con base en la severidad de una patología, se restrinja el derecho a la vida o se consienta idea alguna, o consideración económica, que implique cercenar el derecho a acceder a las prestaciones médicas o sociales destinadas a garantizar su calidad de vida.

"c) Que por tratarse la vida y la salud de derechos personalísimos, el único que puede decidir respecto del cese del soporte vital es el paciente, ya que de ningún modo puede considerarse que el legislador haya transferido a sus familiares un poder incondicionado para disponer de su suerte cuando se encuentra en un estado total y permanente de inconsciencia. Es decir que, en este supuesto, sus familiares solo pueden testimoniar, bajo declaración jurada, la voluntad del paciente. Por lo que no deciden ni 'en el lugar' del paciente ni 'por' el paciente ni 'con' el paciente sino comunicando cual es la voluntad de este.

"d) Que en el presente caso, las hermanas de M. A. D. cumplieron con este requisito porque solicitaron el cese de medidas de soporte vital manifestando con carácter de declaración jurada que esta petición responde a la voluntad de su hermano, sin que se haya alegado ni aportado elemento alguno a lo largo de todo el proceso que permita albergar dudas acerca de que esta es la voluntad de M. A. D..."

En tercer lugar, y en lo que hace a la implementación de la solicitud efectuada, la Corte remarcó la importancia de que, "...al hacerse efectiva la voluntad de M. A. D. y proceder al retiro de las medidas de soporte vital, se adopten, tal como lo prevé la ley, todos los recaudos necesarios para el adecuado control y alivio de un eventual sufrimiento del paciente..."

Finalmente, a fin de evitar judicializaciones innecesarias, el Tribunal formuló precisiones acerca de cómo deberán tratarse, en el futuro, situaciones en las que se pretenda hacer efectivo el derecho a la autodeterminación en materia de tratamientos médicos.

Para ello, subrayó que "...el legislador no ha exigido que el ejercicio del derecho a aceptar o rechazar las prácticas médicas quede supeditado a una autorización judicial previa y, por tal razón, no debe exigírsela para convalidar las decisiones tomadas por los pacientes respecto de la continuidad de los tratamientos médicos, en la medida en que estas se ajusten a los requisitos establecidos en la ley que regula esta temática, no existan

controversias respecto de cuál es la voluntad del paciente y se satisfagan las garantías y resguardos previstos en las leyes que protegen a los menores de edad y a las personas con discapacidades físicas o psíquicas..."(52).

Evidentemente, la Corte ya abordó la cuestión y reconoció el derecho a la muerte digna, por lo que el proyecto del Cód. Penal imponiendo una pena atenuada a quien incurra en esta conducta, se hace eco de los postulados emitidos por la jurisprudencia y regula en forma correcta un fenómeno que era necesario abordar.

#### 2.2.5. Aborto

Encuentro una dificultad que quizás sea de laboratorio y que siempre me llamó la atención en materia del delito de aborto.

En efecto, actualmente, la conducta prevista en el art. 85 inc. 2º primer supuesto, esto es el aborto causado por un tercero con consentimiento de la mujer que prevé una pena de 1 a 4 años (53), se confunde con el aborto causado por la propia mujer o que consiente a que un tercero se lo cause previsto en el art. 88 del actual Cód. Penal y que de igual manera coincide en el monto punitivo (54).

Siempre me pregunté cuál sería la razón de las conductas allí descritas en cuanto al tercero que actúa con consentimiento de la mujer y cuál sería el supuesto normativo específico que debía aplicarse, pues ambos prevén la misma pena.

Digo ello toda vez que en el caso del art. 85 inc. 2º ya se encuentra tipificada la conducta del tercero interviniente con el consentimiento de la mujer embarazada para que le practique un aborto, entonces me pregunto ¿Qué necesidad existe de mencionar al tercero que actúa con consentimiento de la propia mujer en el art. 88?

Creo que ninguna hasta el momento, ya que la pena es la misma, sin embargo, esto cambia actualmente debido a que la sanción en el proyecto ha variado a menor cuantía en su máximo.

En efecto, el art. 88 del proyecto dice: "...Se impondrá prisión de uno (1) a tres (3) años, a la mujer que causare su propio aborto o consintiere en que otro se lo causare...".

Advierto aquí una dificultad: al tercero que interviene con el consentimiento de la mujer ¿qué pena le corresponderá? ¿1 a 3 años? o ¿1 a 4 años?

Si bien en los manuales se dirá que el caso refiere a la conducta de la propia mujer y no del tercero que en supuesto la corresponderá la pena del art. 85 inc. 2º lo cierto es que podría el tercero interviniente en la realización del aborto reclamar el monto punitivo más benévolo del art. 88.

Quizás hubiese sido más adecuado solo regular lo siguiente: "...Se impondrá prisión de uno (1) a tres (3) años, a la mujer que causare su propio aborto..." y, en el caso de prestar consentimiento para que un tercero se lo cause, que la conducta quede abarcada directamente por el art. 85 inc. 2º.

#### 2.2.6. Homicidio y lesiones en riña

El homicidio y lesiones en riña seguirá siendo un tema de debate desde el punto de vista a la afectación del principio de culpabilidad e inocencia.

No debemos olvidar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el fallo "Antiñir"(55) si bien se declinó por la constitucionalidad de la figura regulada actualmente en el art. 95 del Cód. Penal, lo cierto es que surgieron muchas dudas acerca de la validez de la norma y la vulneración a los principios antes mencionados.

En efecto, en el fallo en cuestión los fundamentos de la mayoría fueron los siguientes:

1) La sentencia que fue impugnada (56) "restringió considerablemente la aplicabilidad de la norma, al someterla a exigencias mucho más estrictas que las que prima facie podrían derivar del tenor del texto legal". De igual manera, la Corte sostuvo que no existía "presunción de autoría", ya que "se tuvo por debidamente acreditado que su conducta de golpear a las víctimas significó 'ejercer violencia' en el contexto de una riña, y que tal conducta resulta generalmente idónea para producir el resultado de muerte o de lesiones, en su caso". Esto significó que el tipo penal "fue interpretado, razonablemente, como un delito preterintencional, en el cual la conducta realizada (¡y probada!) ya representaba el riesgo previsible de producción del resultado"(57).

2) Por otra parte, el Alto Tribunal afirmó lo siguiente: "Que el hecho de que el texto legal cuestionado sujete su aplicación a la circunstancia de que no conste quién causó la muerte o las lesiones no puede ser entendida, por cierto, como una autorización a los jueces para solucionar las dificultades probatorias para la imputación del resultado a uno o varios autores en concreto, por medio de la atribución de responsabilidad a todos los intervinientes en el hecho, pero con una pena menor, pues ello significaría consagrar una 'pena de sospecha', vedada por el art. 18 CN"(58).

3) Asimismo, la CS sostuvo en su voto mayoritario que "sentado lo anterior, se advierte que la referencia de

la norma a la falta de constancia de quién causó el resultado no puede ser interpretada como un elemento de la tipicidad (carácter tumultuario de la riña) que desaparece cuando sí se pueden determinar los actos particulares, pues ello significa extender la punibilidad si bien en menor grado como consecuencia de lo que, en definitiva, se quiso pero no se pudo probar, y de este modo, eludir la consecuencia de una absolución por duda"<sup>(59)</sup>.

4) Finalmente, la mayoría del Tribunal citó el dictamen de la Comisión de Asuntos Penales y Regímenes Carcelarios de la Cámara de Senadores que respecto del art. 95 Cód. Penal dijo: "Cuando el art. 95 Cód. Penal establece como requisito de la aplicación de la pena que 'no conste' quiénes causaron la muerte o lesiones, hay que entender no tanto que si consta quien causó la herida final solo responda este, sino más bien que el art. 95 aunque conste quién mató o lesionó se aplica a todos aquellos respecto de los cuales no conste la autoría de la lesión final y no se pudiera probar el dolo de una tentativa o consumación en coautoría, restando, por tanto a lo sumo, imprudencia" (conf. loc. cit. p. 4057). Según el dictamen citado, en muchos casos tratados como homicidio o lesiones en riña o agresión hay más bien una coautoría dolosa de lesiones o muerte, como por ejemplo, cuando todos aplican puntapiés a la cabeza de la víctima, viendo que los demás también lo hacen, de modo que todos debilitan en común la resistencia del cráneo o del cerebro. Pero, "cuando el caso tenga la configuración de que varios agredieron a la víctima de maneras diversas y uno de ellos diera un golpe mortal no asumido dolosamente por los demás se sepa quién fue este o no, entonces, el hecho es propiamente un homicidio preterintencional de características particulares: cada uno sabe que está interviniendo en un episodio con 'dinámica de grupo', y nadie sabe cómo terminará; esto encierra al menos una imprudencia respecto de la integridad corporal o aun de la vida de la víctima, además del acto violento doloso que cada uno haya cometido. El art. 95 Cód. Penal, por tanto, no debe ser entendido como una disposición que viola el principio de inocencia (in dubio pro reo) de tal modo de sancionar a 'algunos que hicieron algo', porque 'no está probado quién fue el responsable de lo más grave', sino que, aunque esté probado quién fue el responsable de lo más grave, todos los demás que hubieren ejercido violencia deben responder con la estructura de un homicidio preterintencional o lesiones que terminaron más graves de lo que era la violencia misma ejercida con dolo, por tanto, también preterintencional..." (loc. cit., p. 4057)"<sup>(60)</sup>.

Por su parte, el Dr. Zaffaroni en su voto proporcionó los siguientes fundamentos:

1) "Que si se considera que en el caso el tipo se refiere a un homicidio atenuado, sería claro que estaría consagrando una ficción de autoría y ello desconocería elementales garantías constitucionales e internacionales y llevaría razón el apelante. El criterio de que se trata de homicidio y lesiones en riña y no de riña con resultado de homicidio y lesiones, parece sostenerse en la doctrina nacional a partir de los antecedentes y de que, a diferencia del Código alemán, no tipifica la riña a secas y no abarca a todos los participantes en la riña. No obstante, cabe pensar que el texto argentino no despreció totalmente el modelo alemán, desde que no se refirió solo a la riña sino que, siguiendo precisamente ese modelo, incluyó también a la Angrifff, o sea, a la agresión (Ist durch eine Schlägerei oder durch einen von mehreren gemachten Angriff..., dice el texto alemán que tenían a la vista en 1891, conf. "Olshausen's Kommentar zum Stagesetzbuch für das Deutsche Reich", t. 2, 1927, Berlín, p. 1041; Schönke Schröder, Strafgesetzbuch Kommentar, München, 1970, p. 1156)"<sup>(61)</sup>.

2) "Que los anteriores elementos permiten elaborar el requisito de que no consten el autor o autores, no como una mera cuestión procesal, sino directamente de fondo. En efecto: en la riña o agresión tumultuaria no consta la autoría del homicidio porque no puede constar, dado que es prácticamente imposible establecerla. Cuando esa autoría conste, rigen las reglas de la autoría y de la participación, pero en el tipo argentino no operan las reglas de la participación corresponsiva ni de ninguna otra, en que se había perdido la doctrina italiana referida al Código Zanardelli (así, Alimena, 'Enciclopedia del Diritto Penale Italiano Raccolta di monografie, a cura di Enrico Pessina' cit.; críticamente y muy claro, Núñez, Ricardo C., 'Derecho penal argentino', t. III, 1965, p. 243). Si no consta quién es el autor o autores es porque lo impide el carácter tumultuario de la riña o de la agresión, no puede constar, ni siquiera el causante de la lesión mortal o grave lo sabe, porque actuó en un tumulto. No se trata de una insuficiencia procesal, sino de una imposibilidad material"<sup>(62)</sup>.

3) "Que toda riña o agresión importa un peligro para la vida o la integridad física de las personas. La ley argentina, no obstante, no quiso crear un delito de peligro, sino solo sancionar a los que incurrían en conductas más peligrosas cuando ese peligro se concreta en una lesión: la conducta peligrosa es la participación en una riña o agresión ejerciendo violencia sobre una persona, y el peligro se concreta en la muerte o lesión de la persona. Del carácter tumultuario se deriva la imposibilidad de establecer autorías y participaciones. No se trata de una cuestión de prueba, de una presunción iuris, sino de una imposibilidad material de establecer participaciones: cuando estas se pueden establecer, la riña deja de ser tumultuaria, y, si pudiendo establecerse, esto no se logra en el caso concreto, esa insuficiencia de prueba cargosa no convierte en tumultuaria a la riña. Si mediase un concierto previo y un reparto de tareas para agredir, la tipicidad quedaría excluida aunque no

pudiesen probarse los grados de participación, porque una agresión plural en la que no pueda probarse quién fue el autor y quién el partícipe no es una agresión tumultuaria. El carácter tumultuario se da cuando no existe la posibilidad de determinar las participaciones y no cuando existiendo, estas no logran acreditarse en el proceso. En definitiva, si alguna presunción iuris existiese, sería la de que en el tumulto no se puede establecer participación conforme a las reglas generales, lo que tampoco es una verdadera presunción, sino el resultado de la experiencia común de los hechos"<sup>(63)</sup>.

4) "En consecuencia, no se está violando el principio de la duda: no hay duda alguna respecto de que el agente participó en una riña o agresión tumultuaria, que quiso hacerlo, que ejerció violencia sobre la persona que resultó muerta o lesionada, que el tumulto impide establecer la autoría y que la muerte o las lesiones fueron causadas por la violencia de la riña o de la agresión y no por cualquier factor externo. No se pone a su cargo el homicidio por presunción, sino su propia conducta de autoría de intervención en riña o agresión tumultuaria con violencia sobre quien resulta muerto o herido, que en lugar de ser abarcada por un mero tipo de peligro que llevaría la prohibición demasiado lejos e incluso invadiría terreno legislativo reservado a las provincias (como sería el caso de un tipo que penase la sola participación en riña tumultuaria), es abarcada por un tipo que solo abarca la participación en riña tumultuaria cuando se produce muerte o lesiones y siempre que consista en violencia sobre la persona que resulta muerta o lesionada por la violencia de la propia riña"<sup>(64)</sup>.

En este sentido, muy interesantes fueron los argumentos brindados en el voto del Dr. Fayt en su disidencia en cuanto a la figura penal que se estaba analizando:

1) Señaló en aquel entonces que "...el principio de responsabilidad penal personal (o de culpabilidad por el hecho propio) como corolario del de legalidad y el de presunción de inocencia consagrados en nuestra Constitución Nacional, se erigen como garantías básicas sustancial e instrumental, respectivamente del individuo frente al poder penal del Estado..."<sup>(65)</sup>. Continúa diciendo que "...no es posible al menos, sin menoscabar un sistema respetuoso de las garantías del derecho penal justificar una condena sobre la base de que el resultado guarde "alguna" o "cierta" relación con la violencia ejercida. La relación causal aludida no puede diluirse en un concepto tan poco refinado para condenar sobre la base de una presunción de responsabilidad penal, manifiestamente objetiva, y por tanto, repudiada por nuestro ordenamiento constitucional..."

"...Es cierto como ya se adelantó que sobre quien no ejerció violencia no se establece la presunción. Empero, ¿es suficiente ejercer violencia y que esta 'guarde alguna relación causal general' con el resultado para 'presumir' la autoría? Resulta claro que esa mínima exigencia de causalidad permitiría que la responsabilidad típica no alcance, entre otros supuestos, al partícipe que ejerció violencia con posterioridad al resultado lesivo pues no cabría, a su respecto, la presunción de ser el autor de tal lesión, ni, por ejemplo, a quien se alejó de la reyerta antes de la ejecución del acto lesivo concreto como si sucede en la doctrina y praxis alemanas en las que el tiempo es irrelevante porque es la participación misma la que se tipifica, como así tampoco si se acreditase que la muerte fue producto de la propia conducta de la víctima. Del mismo modo no podría castigarse como autor a quien haya ejercido sobre el ofendido una violencia cuyo carácter demuestre que no tuvo ninguna concomitancia con la que produjo la lesión o muerte. Así, cuando resulte un estrangulado y el participante solo haya hecho un disparo de revólver desde alguna distancia del ofendido. Por ello se ha dicho que la peculiaridad del tipo de homicidio en riña no es de tal intensidad como para destruir absolutamente el elemento culpabilista inherente a todo delito, pero sí para aminorarlo (conf. Quintano Ripollés, 'Tratado de la parte especial del derecho penal' cit., p. 361)..."<sup>(66)</sup>.

2) En otro de los párrafos de su voto se expresa: "...al no ser irrelevante la circunstancia de que no conste quién causó efectivamente las lesiones o la muerte, la previsibilidad no puede ser el justificativo de la imputación y, es claro, entonces, que la punibilidad según el diseño legal se basa exclusivamente en la mera sospecha de haber causado el resultado. En efecto, en nuestro sistema, en lugar de optar 'por el sometimiento a las reglas generales de la participación y de la prueba, y en caso de no poderse precisar el verdadero autor absolver a los partícipes o castigarlos por los actos cuya ejecución se probare, bien configurando el tipo en la forma germano italiana de penar la mera participación en reyertas, independientemente de las muertes o lesiones que resultaren y que se imputarían a los acreditados culpables de ellas' (Quintano Ripollés, 'Tratado de la parte especial del derecho penal' cit., p. 352), se crea artificialmente una ficción de autoría..."<sup>(67)</sup>.

3) Finalmente concluyó que "...además de comprometerse seriamente el principio de inocencia, la figura enerva como ya se señaló los fundamentos de la responsabilidad personal, la cual, para mantenerse incólume, requiere que el hecho determinado por previa conminación legal e imputado en el proceso, sea atribuible al autor (art. 18 CN). Por el contrario, el criterio establecido en los tipos penales en cuestión 'importa el peligro de hacer responder como autores a sujetos que realmente no lo sean y que hayan ejercido solamente violencia sobre la víctima, que es la condición que la ley exige para imputar, por ficción de autoría, el resultado de la riña o agresión a todos' (Soler, Sebastián, 'Derecho penal argentino' cit., p. 151). La norma contiene un elemento que

niega la posibilidad en sí misma de imputar el resultado: la falta de individualización de aquellos que lo causaron, y la imposibilidad, consiguientemente, de referirse a su aspecto subjetivo, ya sea bajo la forma de coautoría dolosa, imprudencia o preterintencionalidad. Ello deja al descubierto un evidente contraste entre la previsión legal y nuestra Ley Fundamental...". "...En suma: se trata de disposiciones claramente 'censurables, puesto que fundamentar criterios sobre meras presunciones es reprobable en materia penal, y ello conduce (como intentó demostrarse) a soluciones a todas luces injustas' (García Planas, 'Notas sobre el tratamiento de la riña tumultuaria en el Cód. Penal español y en la jurisprudencia' cit., p. 851), en tanto se trata de un privilegio 'para el verdadero autor ignoto, pero injusto perjuicio para el que no lo fue y responde tan solo por desconocerse aquel' (Quintano Ripollés, 'Tratado de la parte especial del derecho penal' cit., p. 357). Por lo demás, y tal como ya se observó, se produce una manifiesta afectación del principio de inocencia y 'cuando la inocencia no está asegurada, la libertad no existe' (Montesquieu, 'Del Espíritu de las Leyes', t. I, L. XII, 1926, París, trad. de Nicolás Estevanez, Ed. Garnier Hermanos, p. 270)..."<sup>(68)</sup>.

Como se podrá advertir, más allá de la constitucionalidad por la que se inclinó la Corte Suprema de Justicia de la Nación en Antiñir respecto del homicidio y lesiones en riña, las puertas quedaron abiertas para el debate.

El nuevo proyecto del Cód. Penal, dispone en su art. 101 lo siguiente: "...Se impondrá prisión de dos (2) a seis (6) años, al que tomare parte en un acometimiento recíproco y tumultuario en el que intervinieren más de dos (2) personas, si resultare la muerte de algún participante..."

Si bien la redacción es más concreta que la del actual art. 95 del Cód. Penal en cuanto expresa que "...Cuando en riña o agresión en que tomaren parte más de dos personas, resultare muerte o lesiones de las determinadas en los arts. 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..."; sigue teniendo la dificultad de castigar "al que tomare parte en un acometimiento" que pueden ser sin dudas más de una e, incluso, varias personas que atacan a otra u otras que resisten pasivamente, y en ese contexto se produce la muerte sin poder determinar quién fue el que la cometió.

No puedo dejar pasar por alto que el principio de culpabilidad ha sido abordado por la jurisprudencia en reiteradas oportunidades, sobre todo en el leading case que la Corte Suprema de la Nación estableció en el fallo "Gramajo"<sup>(69)</sup> en donde el Alto Tribunal refirió que dicho principio supone, como requisito ineludible para la aplicación de una sanción, la preexistencia de una acción ilícita que pueda ser atribuida al procesado tanto objetiva como subjetivamente.

Asimismo, también se expidió respecto al alcance del principio mencionado, en el fallo "Tejerina"<sup>(70)</sup>, en donde se hizo referencia a que la Constitución Nacional impuso desde antaño un derecho penal de acto que presupone una concreta posibilidad de reproche, descartando toda forma de reproche a la personalidad del agente <sup>(71)</sup>.

En definitiva, el principio de culpabilidad que resulta fundamental en el derecho penal "...ha permitido afirmar que no debe ser castigado quien actúa sin culpabilidad como en los supuestos de responsabilidad por el resultado..."<sup>(72)</sup>.

#### 2.2.7. Delitos contra la integridad sexual

El art. 119 del proyecto de Cód. Penal, repite viejos errores que ya habían sido resaltados por la doctrina y la jurisprudencia.

En efecto, el mencionado precepto normativo se encuentra redactado de la siguiente manera:

"...Art. 119.— Se impondrá prisión de seis (6) meses a cinco (5) años, al que abusare sexualmente de una persona, cuando esta fuere menor de trece (13) años o si mediare violencia, amenaza, abuso coactivo o intimidatorio de una relación de dependencia, de autoridad, o de poder, o cualquier otra circunstancia por la que la víctima no haya podido consentir libremente la acción.

"Si el abuso por su duración o circunstancias de su realización, hubiere configurado un sometimiento sexual gravemente ultrajante para la víctima, la pena será de cuatro (4) a diez (10) años de prisión.

"Si, mediando las circunstancias del primer párrafo, hubiere acceso carnal por vía anal, vaginal u oral, o el abuso sexual se realizare mediante la introducción de objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías, la pena será de seis (6) a quince (15) años de prisión.

"En los supuestos descriptos de los dos párrafos anteriores, la pena será de ocho (8) a veinte (20) años de prisión si:

"1º) Resultare un grave daño en la salud física o mental de la víctima.

"2º) El hecho fuere cometido por ascendiente, descendiente, afín en línea recta, hermano, tutor, curador,

ministro de algún culto reconocido o no, encargado de la educación o de la guarda.

"3º) El autor tuviere conocimiento de ser portador de una enfermedad de transmisión sexual grave, y hubiere existido peligro de contagio.

"4º) El hecho fuere cometido por dos (2) o más personas, o con armas.

"5º) El hecho fuere cometido por personal perteneciente a las fuerzas policiales o de seguridad, en ocasión de sus funciones.

"6º) El hecho fuere cometido contra una persona menor de dieciocho (18) años, aprovechando la situación de convivencia preexistente con el mismo.

"7º) Resultare el embarazo de la víctima.

"En el supuesto del primer párrafo, si concurrieren las circunstancias de los incs. 1º, 2º, 3º, 4º, 5º o 6º, la pena será de tres (3) a diez (10) años de prisión..."

Al respecto, corresponde destacar algunas cuestiones.

En primer lugar, nunca me pareció del todo feliz la reforma introducida por la ley 27.352 (73) al art. 119 del Cód. Penal.

Advierto que el legislador al modificar el tercer párrafo e introducir que será abuso sexual con acceso la introducción de "objetos o partes del cuerpo por vía vaginal o anal", amplió el supuesto punitivo de manera incorrecta.

No es lo mismo acceder carnalmente que acceder con un objeto. Son dos cosas distintas.

No tengo dudas que todo acceso efectuado con objetos u otras partes del cuerpo forman parte de un abuso sexual gravemente ultrajante pero no una violación propiamente dicha.

La vieja discusión (74) acerca de si la fellatio in ore era o no violación (75) trajo variadas decisiones, a través de la jurisprudencia y la doctrina, ergo habían quienes pensaban que estábamos ante un supuesto de abuso sexual gravemente ultrajante y quienes veían un claro supuesto de abuso sexual con acceso carnal. Sin embargo, esto fue resuelto con la sanción definitiva de la ley 27.352 que expresamente reguló como un supuesto de violación el acceso por vía bucal.

Ahora bien, más allá de lo importante que fue zanjar tal discusión; ampliar el marco punitivo y equiparar el acceso carnal a otros accesos que pueden ser no carnales (76), el legislador abrió un amplio espectro de posibilidades que no se presentan con la misma entidad y que puede traer decisiones nuevamente dispares en la práctica.

En efecto, no es lo mismo introducir un objeto como, por ejemplo, un lápiz que introducir el pene. En un supuesto el sujeto activo se vale de un cuerpo extraño al de su propio cuerpo y en otro no y, sin embargo, el legislador al igual que los autores del proyecto lo consideran como violación.

Evidentemente, será un trabajo de la jurisprudencia determinar los alcances del tipo penal.

En segundo lugar, el proyecto incurre nuevamente en un claro error al fijar el mismo monto punitivo para el abuso sexual gravemente ultrajante y el abuso sexual con acceso carnal en los casos agravados, ergo la norma reza: "...En los supuestos descriptos de los dos párrafos anteriores, la pena será de ocho (8) a veinte (20) años de prisión..."

Como se podrá advertir, la pena única que prevé el código (8 a 20 años) para los dos tipos mencionados que tienen sanciones que van de cuatro a diez y de seis a quince años, no encuentra un razonamiento lógico desde el punto de vista jurídico, pues se sanciona con una misma pena a dos conductas delictivas que el legislador en los párrafos segundo y tercero del art. 119 supo diferenciar en razón de su gravedad.

La doctrina ha manifestado que no se explica cuál es la razón que puede haber motivado equiparar la pena de las agravantes de figuras básicas que tienen una penalidad diferente.

Entonces, y como puede apreciarse, la misma circunstancia de agravación se mantiene para el sometimiento sexual gravemente ultrajante y el abuso sexual con acceso carnal cometido por los sujetos calificados mencionados en el inc. b) a los que se le dispensa, consecuentemente, una misma escala penal, surgiendo palmariamente una desinteligencia legislativa que viola ostensiblemente el principio de proporcionalidad.

Este esquema no parece ser muy congruente con el mencionado principio que exige cierta relación entre la pena y la gravedad del injusto.

Esta cuestión, fue resuelta por el Tribunal Superior de Justicia de Córdoba en el fallo Espíndola, Carlos Francisco (77).

En el fallo de referencia, el Máximo Tribunal Cordobés expuso las siguientes conclusiones:

"...Conforme al sistema de la división de poderes, corresponde al Congreso de la Nación dictar el Cód. Penal y en ejercicio de esas atribuciones determinar discrecionalmente las penas. Sin embargo, dicha potestad se encuentra limitada por las normas constitucionales que conforman el bloque que garantiza la interdicción de la arbitrariedad o irrazonabilidad también para la discrecionalidad. En esa dirección, se ha sostenido que en materia de determinación legislativa de los marcos punitivos rige el principio de proporcionalidad pues este emerge del propio estado democrático de derecho (CN, 1º), y se irradia vedando la utilización de medios irrazonables para alcanzar determinados fines...

"...Los marcos penales reflejan la escala de valores plasmada en el ordenamiento jurídico, determinando el valor proporcional de la norma dentro del sistema, señalando su importancia y rango y la posición del bien jurídico en relación con otro, al conformar el punto de partida fundamental para poder determinar la pena en forma racional. Por ello es que la justicia de una pena y por ende, su constitucionalidad, depende, ante todo, de su proporcionalidad con la infracción. A su vez, sobre esta relación entre el hecho cometido y la pena aplicada se ha sostenido que toda medida penal que se traduzca en una privación de derechos debe guardar proporcionalidad con la magnitud del contenido ilícito del hecho, o sea, con la gravedad de la lesión al bien jurídico concretamente afectado por el hecho, porque las previsiones legales expresan tales magnitudes a través de las escalas penales...

"...El examen del principio de igualdad presenta dos niveles: uno, relacionado con la aplicación en forma igualitaria a casos individuales de los casos genéricos dispuestos en la ley, y el otro, referido a la selección de casos por el legislador en forma igualitaria. En cuanto a este segundo nivel, con diferente terminología, se ha señalado que al determinarse en una norma jurídica positiva cuáles son los contenidos dogmáticos que integran el hecho antecedente (esto es, conducta o situación reglada) de la norma, pueden dejarse fuera de la extensión del concepto del hecho antecedente situaciones iguales a las normadas como tal hecho. Con lo que, pese a ser iguales, quedan regladas de otra manera por otras normas de la misma ley o por anteriores o posteriores leyes vigentes. La valoración de la razonabilidad o irrazonabilidad (igualdad o desigualdad) de la selección, necesita de la comparación de las reglas con diferentes consecuencias: si los hechos son estimados como desiguales y lo son efectivamente, se dará una valoración positiva de razonabilidad de la selección. Si los hechos son iguales y pese a ellos se le imputa una distinta prestación, habrá irrazonabilidad de la selección. Siguiendo estas pautas, resultará irrazonable, a su vez, la selección de hechos distintos a los que se les imputa una misma consecuencia. En este argumento, la norma que estipula la misma sanción para dos conductas con grados de injusto disímil —distinguidos por el propio legislador—, además de vulnerar el principio de proporcionalidad, contraría también el principio constitucional explícito de igualdad. Ello así por cuanto, lo que no tolerarían las normas constitucionales, a la luz de este principio, es que una vez optado por uno u otro sistema represivo, existan casos genéricos o soluciones genéricas que sean groseramente incoherentes con los principios penales que el mismo legislador discrecionalmente eligió...

"...Enfocado el principio de proporcionalidad en lo que concierne al abuso sexual, se advierte que el legislador adoptó la directriz de una gradación punitiva de menos a más según una ponderación de las diferentes magnitudes de afectación del bien jurídico (integridad sexual). Así, como se puede apreciar de la comparación entre los tipos correspondientes al art. 119 del Cód. Penal, la pena del abuso sexual básico es la de menor gravedad (6 meses a 4 años), la del abuso sexual gravemente ultrajante es más grave (4 a 10 años) y más gravosa aún es la pena del abuso sexual con acceso carnal (6 a 15 años), con lo cual es harto evidente que el parámetro seguido para intensificar los marcos punitivos ha sido la ponderación de las diferentes magnitudes del injusto. Sin embargo, al fijar la escala penal cuando concurre la circunstancia agravante de la calidad parental del autor respecto de la víctima, la diferente tasación de la magnitud del injusto adoptada como directriz de progresividad punitiva por el propio legislador no ha sido seguida coherentemente. Así, se agrava el abuso sexual básico (3 a 10 años) pero coherentemente se pune en menos que las otras modalidades que implican una mayor afectación del bien jurídico. Pero estas (abuso sexual gravemente ultrajante y abuso sexual con acceso carnal) que antes habían sido distinguidas con penas diferentes, incoherentemente se castigan igual (8 a 20 años). Tal parificación implica que la pena conminada para el abuso sexual gravemente ultrajante agravado por el vínculo, es objetivamente desproporcionada con el injusto pues siguiendo la directriz adoptada por el propio legislador, ella debía ser inferior y no igual a la conminada para una modalidad de abuso de mayor afectación para el bien jurídico (abuso sexual con acceso carnal). Por ello, se ha considerado un 'absurdo' que se prevea la misma pena para conductas que en su figura básica están sometidas a penas diferentes y que la parificación punitiva implica una afectación del principio de proporcionalidad, pues el legislador diferenció las penas del abuso sexual gravemente ultrajante y del abuso con acceso carnal, pero tal diferencia quedó 'licuada' cuando el padre que abusa sexualmente de su hijo queda en paridad de situación que aquel que abusa

accediéndolo carnalmente, pues se punen igual, conduciendo esa falta de coherencia interna a "una pena desproporcionada o irracional...

"...La pena contemplada por la figura analizada resulta irrazonable por desproporcionada y desigual, lo que torna aplicable al caso, la regla de la clara equivocación, en materia conforme a la cual solo puede anularse una ley cuando aquellos que tienen el derecho de hacer leyes no solo han cometido una equivocación, sino que han cometido una muy clara —tan clara que no queda abierta a una cuestión racional—, en cuyo caso la función judicial consiste solamente en establecer la frontera exterior de la acción legislativa razonable..."

Los fundamentos dados por el cimero Tribunal mediterráneo con los que coincido en plenitud, eximen de todo análisis posterior, pues el yerro en el marco punitivo es tan claro que no deja margen para la duda y el legislador deberá tener en cuenta esta situación al momento de someter a discusión el proyecto aquí analizado.

### III. A modo de conclusión

A lo largo de este trabajo, he pretendido poner en la mesa de debate algunas cuestiones que la jurisprudencia del país expuso en cuanto al actual Cód. Penal con respecto a algunas de sus disposiciones y que, no obstante, el proyecto que acaba de presentarse en el Parlamento Argentino omitió tener en cuenta, como así también, el destacar algunas disposiciones normativas que han sido incorporadas y que resultan necesarias, tal el caso del infanticidio, por ejemplo.

Es de esperar que al momento de la discusión del actual proyecto en el Congreso de la Nación puedan debatirse y remediarse, ante todo, las incongruencias existentes para evitar arbitrariedades o futuras inconstitucionalidades, pues lo que debe perseguirse con la sanción de un nuevo Cód. Penal no es tan solo unificar la legislación, sino también, racionalidad y proporcionalidad y, ante todo, limitar el poder punitivo del Estado.

(1) (\*) Abogado. Profesor de Derecho Penal II de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Catamarca. Miembro de la Mesa Nacional de la Asociación Pensamiento Penal. Integrante de la Asociación Argentina de Magistrados, Funcionarios y Profesionales de la Justicia de Niñez, Adolescencia y Familia (AJUNAF). Miembro de la Red de jueces del UNICEF. Juez del Tribunal de Responsabilidad Penal Juvenil en lo Criminal, Apelaciones, Ejecución y Control de Garantías Constitucionales de Catamarca. Los conflictos ambientales, los originados en el uso de las nuevas tecnologías, etc.

(2) Sin ir más lejos, podemos recordar los anteproyectos del año 2006 y del año 2014 que le precedieron al actual recientemente elevado al Congreso de la Nación.

(3) El anteproyecto del Código Penal de 2014 eliminaba la libertad condicional.

(4) En cuanto dispone que la libertad condicional no se concederá a los reincidentes.

(5) Véase Tribunal de Casación Penal, sala I, c. nro. 56.249 «M. M., J. A. s/recurso de casación», resuelta el 8/5/2013; con igual criterio se ha expedido la CNCasación Penal, sala II en las causas nro. 13.401 caratulada «A., P. E. s/recurso de casación», resuelta el 8/5/2012 y nro. 16.270 caratulada «S., W. R. s/recurso de casación», resuelta el 23/11/2012; CS Santa Fe, en causa "Herrera, Gerardo Gabriel - Robo -Abuso sexual - Incidente de libertad condicional s/recurso de inconstitucionalidad» (expte. CSJ nro. 96, 2010), resuelta el 7/12/2011. TOCF de Córdoba, en causa "Gómez, Roque s/legajo ejecución" (expte. nro. 06/08), resuelta el 27/7/2010.

(6) CS, en "Arévalo, Martín Salomón s/causa nro. 11.835", resuelta el 27/5/2014.

(7) Recordemos, 35 años de condena para quienes fueron reincidentes por primera vez y 40 años para los multirreincidentes.

(8) Pues el párr. 2º del art. 14 establece claramente que "Tampoco se concederá en el caso de condenados por delitos dolosos cometidos con violencia que hubiesen conllevado para la víctima graves daños a la salud o la muerte, salvo que hubiesen transcurrido los plazos establecidos en el primer párrafo". Por ende, en el caso de los delitos más graves del CP la puerta a la libertad condicional queda también abierta para los reincidentes".

(9) Generalmente las cárceles del país atraviesan por una fuerte crisis que afecta seriamente los derechos humanos de las personas detenidas.

(10) En relación al tema, la jurisprudencia ha sido muy crítica al respecto. Véase CNCasación Penal, causa nro. 592/13, sala IV, "Lefipán, Walter Roberto s/recurso de casación", resuelta el 9/8/2013. También la Procuración Penitenciaria de la Nación ha presentado en oportunidades ante la justicia hábeas corpus, como así también, intervino en calidad de animus curiae con el objeto de hacer respetar los derechos de las personas privadas de libertad y evitar que se rompan los lazos familiares. Por ejemplo, ante la sala II de la Cámara Nacional de Casación Penal (CNCasación Penal) hizo lugar al recurso de casación presentado por la Defensa

Pública, en el marco de un hábeas corpus interpuesto por el detenido D., J. D. en el cual solicitaba el traslado desde el área metropolitana a una unidad carcelaria en la Provincia de Misiones por razones de acercamiento familiar.

(11) Véase Buompadre, Jorge, "Los delitos de género en la reforma del Código Penal", publicado en SJA del 13/2/2013, p. 3. También la sentencia emitida por la Cámara en lo Criminal de 7ª Nominación de la provincia de Córdoba en la causa "R., A. A. p.s.a. homicidio calificado" (expte. 1377625 —Letra R— nro. 13, año 2014). En el fallo en cuestión se discutió acabadamente el término "relación de pareja" al examinar una "relación clandestina o de amantes" para llegar a la conclusión que no es de aplicación en estos supuestos la agravante del art. 80, inc. 1º.

(12) Tribunal de Juicios y Apelaciones de Gualeguaychú e Islas del Ibicuy, "Galarza, Nahir Mariana", 24/7/2018. Fallo citado por Guillamondegui, Luís R., en Manual de derecho penal. Parte especial, Científica Universitaria, t. III, ps. 265 a 269.

(13) Piénsese en los amantes, por ejemplo.

(14) De la siguiente manera: "...Art. 82.— Se impondrá prisión de diez (10) a veinticinco (25) años, si en el caso del inc. 1º del art. 81 concurriere alguna de las circunstancias del inc. 1º del art. 80..."

(15) Breglia Arias, Omar, "...De nuevo sobre los homicidios agravados del artículo 80 del Código Penal...", publicado en LL del 3/9/2009, p. 1, LL 2009-E-1038.

(16) TS Córdoba, sala penal, 8/7/2002, sent. nro. 56, "Zabala, Hilda del Sagrado Corazón de Jesús p.s.a. de homicidio calificado —recurso de casación—. En este precedente, el prestigioso tribunal mediterráneo resolvió "Declarar la inconstitucionalidad del mínimo de la pena del homicidio en estado de emoción violenta cuando concurre con la agravante con el vínculo".

(17) CS, fallo "Tejerina, Romina Anahí s/homicidio calificado - causa nro. 29/05". Sabido es que en el caso "Tejerina", la sentencia había sido apelada ante el Superior Tribunal de Justicia y llegó finalmente a la Corte Suprema, donde ratificaron la decisión inicial.

(18) Cfr. autor citado, "En nombre de la ley. Acerca de la figura de infanticidio y la penalización del aborto, dos asignaturas pendientes de la democracia", en <http://www.infojus.gov.ar/>.

(19) Efectivamente así lo establecía la jurisprudencia de la época al sostener que "...La calificación de infanticidio queda descartada cuando la misma imputada afirma que dio muerte a su hijo recién nacido, por piedad, por lástima, para que no siguiera sufriendo y porque lo creía agonizante, pero no expresa en algún momento que su móvil fuera ocultar la deshonra..." (CFed. Bahía Blanca, LL 29-523; JA 1942-III-473).

(20) Kalinsky, Beatriz, "Epistemología del filicidio: violencia contra las mujeres", <http://www.infojus.gov.ar/>.

(21) Beccaria, Cesare, De los delitos y de las penas, Heliasta, Buenos Aires, 1993, Capítulo XXXI, ps. 141-142.

(22) El 24/10/2006 una joven de 23 años, acusada de dejar morir a su hijo, luego de parir en el inodoro y abandonar al bebé dentro de un bolso, fue absuelta en mayoría por la Justicia de la ciudad de Paraná. La decisión fue adoptada por los jueces de la sala I de la Cámara del Crimen quienes interpretaron que la joven no comprendía la criminalidad de los hechos, mientras que el tercer integrante del tribunal votó por la condena a pena perpetua que había solicitado el fiscal por el delito de homicidio agravado por el vínculo.

(23) Un tribunal de Villa Dolores absolvió por mayoría a Elizabeth Díaz, acusada de matar a su hija recién nacida, concebida tras una violación por parte de su patrón, un hombre de 60 años, casado y con hijos, en cuya casa la chica trabajaba como mucama. El TS cordobés confirmó el fallo del caso.

(24) Catamarca.

(25) La joven tenía 20 años cuando cometió el homicidio de su hijo, vivía sola, lejos de sus padres, en una humilde vivienda alquilada de la localidad de Aconquija, en la provincia de Catamarca. Trabajadora golondrina, estaba embarazada de ocho meses, tomó una medicina que suele ser usada en los hospitales para provocar contracciones y ayudar al parto. Nació un bebé al que ella, según lo admitió ante la Justicia, colocó dentro de una bolsa de plástico —no se descarta que pensara que estaba muerto—, y lo dejó dentro de un balde en el fondo de su casa. El niño murió "de frío y por asfixia", según dictaminó la autopsia. Sin atención médica, María Isabel estuvo a punto de morir ella también por una septicemia generalizada, pero sobrevivió luego de varios días en terapia intensiva.

(26) Respecto de este Tribunal puede verse también el interesante fallo absolutorio en la causa "Sandra Nancy Chasampi s/infanticidio", sent. del 12/5/1997.

(27) Véase también el caso de María Eugenia Soriano, condenada en mayoría, por el tribunal de la Cámara Primera del Crimen y el jurado popular de la provincia de Córdoba en abril de 2009 a la pena de catorce años, tras ser hallada culpable del delito de "homicidio calificado por el vínculo bajo circunstancias extraordinarias de atenuación". María Eugenia Soriano había ocultado su embarazo, y dio a luz sin ninguna ayuda extra en su propia casa. Nueve días después del nacimiento de la criatura, ella decidió asfixiar con una toalla a la pequeña, en un aparente acto de venganza contra su marido, del que estaba separada hacía un año. Posteriormente a la condena, el Tribunal Superior de Justicia (TS) de la provincia mediterránea resolvió absolver por el beneficio de la duda y dejar en libertad inmediata a María Eugenia. Para llegar a esa solución los vocales del TS tuvieron en cuenta las diferencias sustanciales marcadas en las pericias técnicas realizadas en la oportunidad, donde una de ellas sostenía que Soriano "no tenía plena conciencia de sus actos", lo que brindó el beneficio de la duda a favor de la acusada.

(28) Ya sea porque las jóvenes madres "no comprendieron la criminalidad del acto" o en razón de la "violencia de la que fueron previamente víctimas".

(29) En el que se puso especial énfasis en "la violencia de la que fue víctima".

(30) P. ej.: violación, violencia psicológica, etc.

(31) Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (Cedaw); Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la violencia contra la mujer (Convención de Belém do Pará); ley nacional 26.485; entre otras pertenecientes al soft law.

(32) Pena perpetua en virtud del art. 80 inc. 1° del Cód. Penal.

(33) Art. 80 in fine del Cód. Penal.

(34) Tal como lo hizo la Cámara en lo Criminal nro. 2 de la provincia de Catamarca en el caso Isabel Molina, en el que, si bien la joven no había sido víctima de violencia previa, sí se tuvo en cuenta con especial ahínco las circunstancias de cómo ocurrieron los hechos.

(35) Bajo el razonamiento de que respondía a un concepto arcaico y sexista.

(36) Ya sea por marginalidad, pobreza, analfabetización, violación, violencia física, psicológica, etc.

(37) Art. 75 inc. 23 de la CN.

(38) Véanse además de las Convenciones internacionales antes citadas en la nota nro. 29, "Las 100 Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad".

(39) Tal el caso del art. 86 inc. 2° del Cód. Penal que al referirse al aborto no punible utiliza el término "idiota o demente" en vez de "con discapacidad" o "incapaz".

(40) A través del art. 75 inc. 22 de la CN.

(41) En virtud del art. 31 de la CN.

(42) Me refiero al fallo "F. A. L. s/medida autosa-tisfactiva" del 13/3/2012.

(43) Para los casos que la mujer es capaz, para todos los demás supuestos se exige el consentimiento del representante legal.

(44) Ya sea por violencia física, psíquica, etc.

(45) Tanto por normas nacionales como internacionales.

(46) Por cierto de forma muy justificada.

(47) De manera más legítima y justificada aún.

(48) En caso de ocurrir, por supuesto.

(49) Actual art. 79 del Cód. Penal.

(50) Resuelta el 7/7/2015.

(51) La Corte Suprema, al confirmar la decisión del Tribunal Superior de Justicia de la Provincia del Neuquén, debió expedirse respecto de la situación del paciente M. A. D. que, como consecuencia de un accidente automovilístico, se encontraba postrado desde el año 1995, con una grave secuela con desconexión entre ambos cerebros, destrucción del lóbulo frontal y severas lesiones en los lóbulos temporales y occipitales. Desde hace más de 20 años no hablaba, no mostraba respuestas gestuales o verbales, no vocalizaba ni gesticulaba ante estímulos verbales y tampoco respondía ante estímulos visuales. Carecía de conciencia del medio que lo rodea, de capacidad de elaborar una comunicación, comprensión o expresión a través de lenguaje alguno y no presentaba evidencia de actividad cognitiva residual. Dado su estado, necesitaba atención

permanente para satisfacer sus necesidades básicas y era alimentado por una sonda conectada a su intestino delgado.

(52) Información disponible en <https://www.cij.gov.ar/nota-16952-La-Corte-Suprema-reconoci--el-derecho-de-todo-paciente-a-decidir-su-muerte-digna.html>.

(53) Igual pena prevé también en el art. 85 inc. 2º primer supuesto del proyecto.

(54) Esto es 1 a 4 años de prisión.

(55) CS, causa resuelta el 4/7/2006, "Antiñir, Omar Manuel, Antiñir, Néstor Isidro, Parra Sánchez, Miguel Alex s/homicidio en riña y lesiones leves en riña en concurso real".

(56) Sentencia emitida por la Cámara Segunda del Crimen de Neuquén.

(57) Véase consids. 5º y 6º del fallo.

(58) Ver consid. 8º.

(59) Consid. 10.

(60) Consid. 13.

(61) Consid. 11 del voto del Dr. Zaffaroni.

(62) Consid. 13.

(63) Consid. 15.

(64) Consid. 16.

(65) Consid. 5º.

(66) Consid. 8º.

(67) Consid. 10.

(68) Consid. 17.

(69) CS, fallo "Gramajo, Marcelo Eduardo s/robo en grado de tentativa - causa nro. 1573".

(70) CS, fallo "Tejerina, Romina Anahí s/homicidio calificado - causa nro. 29/05".

(71) Voto en disidencia del Dr. Maqueda en "Tejerina, Romina".

(72) Righi, Esteban - Fernández, Alberto A., Derecho penal. La ley. El delito. El proceso y la pena, 1ª ed., 1ª reimp., Hammurabi, Buenos Aires, 2005, p. 65.

(73) BO del 17/5/2017.

(74) Hoy ya resuelta.

(75) Partiendo de esta exégesis considero útil señalar que la doctrina jurídica había polemizado sobre la posibilidad de admitir a la boca como una de las vías de acceso carnal atrapadas por la previsión legal. En cuanto a esto, conviene reconocer que el giro "acceso carnal" era vago y, por ello, inidóneo para denotar autónomamente determinada acción humana. Si, como pensamos, esta circunstancia justifica por sí sola que el intérprete recurra al creador de la norma —interpretación genética— para desentrañar su intención al sancionarla, el análisis de los debates parlamentarios que precedieron al dictado de la ley 25.087 no deja margen para la duda en cuanto a que la voluntad del legislador fue la de equiparar la fellatio in ore con la penetración vaginal y anal. No puede negarse que la amplitud de la expresión que escogió el encargado de crear las leyes ("acceso carnal por cualquier vía") ha receptado esa pretensión.

(76) Objetos dice la norma.

(77) TS, sala penal, sent. nro. 100, 21/4/2010, "Espíndola, Carlos Francisco p.s.a. abuso sexual calificado, etc. - recurso de casación".