

OBSERVACIONES Y PROPUESTAS SOBRE EL ANTEPROYECTO DE CÓDIGO PENAL DE LA NACIÓN ARGENTINA

CENTRO DE ESTUDIOS LEGALES Y SOCIALES (CELS)

JULIO 2014

I. INTRODUCCIÓN

Desde sus orígenes, la actividad del CELS ha estado orientada a la promoción y protección de los derechos humanos y al fortalecimiento del sistema democrático en Argentina.

Este documento aporta una perspectiva de derechos humanos al debate para la reforma del Código Penal (CP) en Argentina. No es un documento exhaustivo sobre todos los temas que requieren revisión sino que se concentra en líneas que deberían ser abordadas desde esta una perspectiva. Las siguientes observaciones y propuestas surgen de la experiencia concreta del CELS en el uso de la herramienta penal, en nuestra calidad de defensores y querellantes, así como observadores e investigadores del funcionamiento del sistema penal.

Nuestro aporte procura consolidar la plena vigencia de los derechos y las garantías individuales, así como integrar sus disposiciones con los estándares internacionales en materia de derechos humanos, incorporados al derecho interno por la Constitución Nacional (CN) así como recogidos en múltiples pronunciamientos jurisprudenciales.

Nos centraremos en las líneas y principios de política criminal que deben guiar una reforma penal que acompañe un proceso de ampliación de derechos e inclusión social y que desaliente la vía del derecho penal para la resolución de conflictos sociales que requieren otro tipo de regulación e intervención estatal. Tal como hemos señalado en oportunidad de acercar nuestras observaciones a la Comisión encargada de elaborar el Proyecto de Ley de Reforma, Actualización e Integración del Código Penal de la Nación, hacemos explícito que somos partidarios de que esta reforma materialice el contenido del derecho penal mínimo y que se cuestione el proceso de inflación penal y dispersión de estos últimos años.

En los puntos que siguen haremos referencia a algunas de las propuestas con las que acordamos así como observaciones críticas y sugerencias respecto de otras porque entendemos que no receptan estándares del derecho internacional de los derechos humanos o que sería conveniente modificarlas para alcanzar una mejor protección legal.

Por último, proponemos que se regulen nuevas figuras penales para casos de delitos de funcionarios públicos que, a nuestro criterio, no están regulados adecuadamente en el actual Código Penal y que se refieren a hechos de suma gravedad y connotación social e institucional.

II. OBSERVACIONES

A) Parte General

Celebramos que se haya fijado el máximo de pena de prisión en 30 años conforme lo previsto por el Estatuto de Roma para el delito de Genocidio. En este sentido, hemos advertido una propuesta superadora al actual Código Penal en cuanto propone penas más coherentes y proporcionales.

Asimismo, destacamos como acertada la propuesta de eliminación de las agravantes genéricas comprendidas en el artículo 41 *quinquies* introducida por la ley antiterrorista y el delito de 'financiamiento del terrorismo', como así también las incorporadas con la llamada "reformas *Blumberg*". En cuanto a la incorporación del criterio de oportunidad, entendemos que permitirá a través de reformas procesales y decisiones de política criminal sincerar algunos aspectos del funcionamiento de los sistemas de justicia penal del país así como descongestionarlos (conf. art. 42, inc. 3, anteproyecto).

Consideramos de gran importancia que se proponga que algunos delitos de acción pública pasen a ser de instancia privada (por ejemplo: hurto simple, robo con fuerza en las cosas, daños, violación de domicilio) ya que su efecto será disminuir la potestad de las fuerzas de seguridad para actuar de oficio frente a la comisión de estos hechos, sin impulso y participación de las víctimas.

La consagración del principio universal de la ley penal para delitos contra la humanidad representa un gran avance que reafirma el rol de Argentina en su compromiso por el juzgamiento de estos crímenes (art. 2, inc. D del anteproyecto).

Sin perjuicio de ello, en el punto siguiente desarrollamos algunas consideraciones críticas en relación con las medidas de seguridad y supuestos de inimputabilidad, que merecen un análisis específico.

1. Sobre el modelo de las medidas de seguridad

En oportunidad de acercar nuestras observaciones a la Comisión encargada de elaborar el Proyecto de Ley de Reforma, Actualización e Integración del CPN, señalamos la necesidad de adecuar la figura de inimputabilidad del actual art. 34 y el régimen de medidas de seguridad, a los principios de derechos humanos en materia de salud mental y a las garantías constitucionales.

Como en aquella oportunidad, reafirmamos la necesidad tener en cuenta las consecuencias sociales de los modelos adoptados a fin de delinear una política criminal respetuosa de los derechos humanos. En este sentido, el modelo de las medidas de seguridad, bajo el pretexto de la prevención especial, solo intenta responder a demandas del medio social que recaen particularmente sobre un colectivo de personas especialmente vulneradas (los "locos peligrosos"). Así, reciben una respuesta estatal doblemente estigmatizante.

Por ello observamos con preocupación que persistan las medidas de seguridad en el proyecto, a pesar del reconocimiento expreso de la Comisión Redactora sobre su incompatibilidad con los principios constitucionales de exteriorización de la voluntad (Art. 19 CN); legalidad material (Art. 18 CN y 9 CADH) y culpabilidad (derivado del Art. 18 CN). No resulta razonable mantener esta vía de sanción, que replica un modelo discriminatorio sobre un colectivo de personas en especial condición de vulnerabilidad social, bajo el fundamento de "razones prácticas", en función del tiempo que

tomará la implementación de la “nueva legislación psiquiátrica” y los inexplicados riesgos que conllevaría la eliminación de las medidas.

Esta respuesta legitima intervenciones punitivas más restrictivas –en especial aunque no en forma exclusiva- sobre las personas con discapacidad psicosocial que las permitidas para cualquier persona.

Por lo tanto, volvemos a señalar algunos problemas que presentan las medidas de seguridad a la luz de los principios constitucionales.

Peligrosidad vs. culpabilidad. Su relación con los principios de exteriorización de la voluntad y de legalidad

Como es sabido, según el alcance del principio de culpabilidad, resulta preocupante que el criterio de peligrosidad (actual CPN) sea determinante para justificar una respuesta punitiva. Si la inimputabilidad es entendida como la imposibilidad del individuo de comprender la criminalidad del acto realizado, el Estado no puede imponerle una medida de reclusión, que en esencia es una sanción penal, dado que no se corroboraría aquel nexo subjetivo.

La utilización del criterio de peligrosidad para ordenar la privación de libertad de una persona resulta incompatible con el principio de exteriorización de la voluntad establecido en el art. 19 de la CN. Existe cierta uniformidad en la doctrina en afirmar que dicha garantía determina que la intervención punitiva del Estado solo puede avanzar sobre la voluntad exteriorizada a través de acciones que violenten el orden vigente. Así se garantiza a cada individuo la expectativa de libre configuración de su personalidad, asegurando el fuero interno como un espacio ajeno a toda clase de incumbencia estatal. Si solo decisiones de voluntad exteriorizadas pueden ser seleccionadas como contenido de una prohibición penal, queda excluida de la potestad legislativa y de cualquier consecuencia penal “no solo a los meros pensamientos, sino toda clase de acto interno, aun los de carácter vil, perverso o peligroso y toda condición de personalidad”¹.

El criterio de peligrosidad, que sustenta las medidas de seguridad de la redacción actual de CPN, es un resabio del positivismo criminológico que se sustenta en un pronóstico médico individual de ciertas características del afectado que lo hacen “peligroso” para el medio social². La idea de peligrosidad, por su parte, está legitimada a partir de una sedimentación de discursos dispares y argumentos que no están vigentes en el estado del saber actual. En su base, se encuentran las argumentaciones de la perimida psiquiatría positivista, incluyendo su vertiente policial, que introduce un concepto que aún perdura: la supuesta posibilidad de identificar al “individuo peligroso”. Estas teorías otorgaban –y lo siguen haciendo- apariencia científica a prejuicios sociales discriminatorios y asignan consistencia al imaginario de época con el aporte de algunas hipótesis acerca de supuesta herencia genética. Un ejemplo son las figuras del “loco peligroso”, el “degenerado”, el “delincuente innato”, creadas a partir de la identificación de determinados rasgos físicos asociados a una raza o a

¹ Mario Magariños; “Los Límites de la Ley Penal en Función del Principio Constitucional de Acto”; Ed. Ad Hoc, Buenos Aires, 2008, página 65.

² La Corte Interamericana afirmó que invocar el criterio de peligrosidad para fundar sanciones en el sistema penal constituye “...una expresión del ejercicio del ius puniendi estatal sobre la base de las características personales del agente y no del hecho cometido, es decir, sustituye el Derecho Penal de acto o de hecho, propio del sistema penal de una sociedad democrática, por el Derecho Penal de autor, que abre la puerta al autoritarismo precisamente en una materia en la que se hallan en juego los bienes jurídicos de mayor jerarquía” (Corte Interamericana, Caso “*Fermin Ramírez vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas*”. Sentencia de 20 de junio de 2005, serie 126, párr. 94/96).

una supuesta carga hereditaria atávica, o atribuidas a combinaciones de morbilidad familiar dónde se confunden enfermedades con conceptos normativos acerca de conductas³.

El reemplazo del criterio de peligrosidad por el de agresividad que propone el proyecto no presenta diferencias sustanciales. Ambos se materializan con evaluaciones sobre la personalidad desde una concepción biologicista y patologista, centrada en la enfermedad en lugar de las variables salud/enfermedad. Así, el criterio de agresividad sigue sosteniéndose en evaluaciones futuras, como único fundamento de una privación de la libertad. Pretender que la evaluación de “agresividad” es diferente de la de “peligrosidad” es desconocer que las manifestaciones de la salud mental son procesos dinámicos que se construyen en la interacción de factores endógenos y externos, contextuales (la conducta y los rasgos de carácter también se configuran en función del entorno).

En ambos casos, los criterios son contrarios al espíritu de la Ley Nacional 26.657 de Salud Mental (LNSM). Según dicha norma, el criterio material que hace legítima la internación involuntaria es el de riesgo grave, cierto e inminente para sí o para un tercero (art. 2, 20, 21, 22 y concordantes), criterio que solo puede evaluarse sobre una situación presente, por lo que la respuesta y la remisión de ese cuadro también debe corresponderse temporalmente. De allí que la LSNM establezca límites temporales más estrictos para permanecer internado en forma involuntaria.

No obstante estar en desacuerdo con el mantenimiento de este modelo, nos parece positivo que se hayan establecido límites que pretenden mitigar los efectos discriminatorios de las medidas de seguridad. En particular, el límite temporal propuesto por la comisión redactora acota los márgenes de desproporción entre dicha sanción y la que podría haberse determinado en función de la escala penal prevista para el delito.

La indeterminación temporal de las medidas de seguridad en el actual CPN también colisiona con la exigencia constitucional del principio de legalidad, que requiere para toda respuesta privativa de la libertad, tanto una descripción legal del hecho como la determinación material y temporal de la sanción. Ya sea que la finalidad de tales medidas sean la curación o resocialización del sujeto, ya sea que se intente con su reclusión evitar que el “individuo peligroso” dañe a la sociedad, en ambos supuestos la determinación temporal del encierro está ligada al cese de la peligrosidad, en forma indeterminada.

Sin embargo, la redacción propuesta habilita una interpretación discrecional sobre el alcance de la obligación judicial de establecer este límite temporal. Si bien queda claro que no puede exceder de la mitad del máximo, podría interpretarse que entre el mínimo y esa mitad no exista una evaluación razonable y proporcional teniendo en cuenta el bien jurídico lesionado.

La LNSM recoge los fundamentos filosóficos del modelo social de la discapacidad consagrado por la Convención Sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de Naciones Unidas (CDPD)⁴ y define a la salud mental como un proceso determinado por factores múltiples que *“implica una*

³ En este sentido en la obra *“Historia de la Locura”* Michel Foucault señala: “Estas elaboraciones pseudo- científicas al servicio del control social, hoy ampliamente refutadas, conllevan perjuicios explícitos. Sin embargo, sus usos no están tan lejanos en el tiempo y sus efectos siguen vigentes en cuerpos normativos y prácticas institucionales. Si los tipos mórbidos criminales epocales no resisten ante los cambios de imaginario de época y del avance científico, perdura inamovible el concepto de “individuo peligroso”. Esta peligrosidad permanece anudada conceptualmente a una “anormalidad mórbida” y designa entonces, un atributo permanente e inherente al individuo así estigmatizado. Se sostiene en un supuesto saber de funcionarios especializados en determinar si un sujeto es una amenaza, y a partir de allí, convalidar la acción del poder punitivo estatal”.

⁴ Ratificada por nuestro país en el año 2008. La CDPD consagra el modelo social de la discapacidad como el modelo de derechos humanos para este colectivo. Para profundizar sobre sus fundamentos filosófico- políticos ver: Agustina Palacios; *“El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad”* en Colección CERMI- ES n° 36; Ediciones CINCA, Madrid, 2008.

dinámica de construcción social vinculada a la concreción de los derechos humanos y sociales de toda las personas". Tal definición inhibe la posibilidad de considerar a una persona como portadora de "agresividad" y prohíbe la restricción de derechos en base categorías diagnósticas (estáticas y estigmatizantes).

Este marco normativo parte del reconocimiento de los efectos devastadores que el aislamiento y la cronificación del tratamiento asilar producen en la dignidad humana y considera la internación como un recurso terapéutico de carácter restrictivo que solo puede llevarse a cabo cuando aporte mayores beneficios terapéuticos que el resto de las intervenciones realizables en su entorno familiar, comunitario o social (LNSM, Arts. 14 y 15). Este nuevo modelo importa desafíos en la definición de políticas sanitarias adecuadas a los DDHH, respuestas que de ninguna manera pueden abordarse desde el sistema penal.

Por su parte, la incorporación de algunas disposiciones mínimas relativas a la intervención judicial en la ejecución de la sentencia representa uno de los cambios más novedosos. Sin embargo, garantizar la protección judicial efectiva, en especial a las personas con discapacidad psicosocial e intelectual, requiere también que se realicen ajustes de procedimiento y se brinden apoyos necesarios para que gocen de las garantías del debido proceso, en igualdad de condiciones con las demás personas. Para un efectivo acceso a la jurisdicción no es suficiente establecer una audiencia judicial si no se establece también la obligación de que se realice en formatos y espacios adecuados; que se proporcionen los apoyos que requiera la persona para participar de la audiencia; que se aseguren las condiciones de accesibilidad física y comunicacional, entre otras cuestiones propias para la modificación de prácticas institucionales. Sin mantener esta mirada integral del proceso penal, vemos con preocupación que cualquier modificación positiva no encuentre el correlato necesario con las prácticas cotidianas que materializan las violaciones de derechos.

Por los argumentos expuestos, reafirmamos la importancia de eliminar la intervención penal que se basa en criterios asociados a prognosis futuras, -como el de agresividad- para justificar la respuesta punitiva del Estado. Con independencia de las pautas bajo las cuales el Estado interprete la figura de imputabilidad, no cabe dudas de que, una vez determinado este estado legal, el derecho penal debe cesar su intervención. Cuando el sistema penal entiende que el individuo no es pasible de recibir reproche por una acción (por imposibilidad de atribución subjetiva), la consecuencia legal no puede ser, de ninguna manera, una sanción similar -o muchas veces peor- que la imposición de una pena, bajo el pretexto de la prevención.

Son otros ámbitos del derecho y de la política pública los que deben dar respuesta a esta situación: el derecho civil y el sistema sanitario, con un abordaje respetuoso de los estándares de la LNSM, en el marco de las obligaciones asumidas por nuestro país al adoptar la Convención Sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de Naciones Unidas.

Reflexiones sobre la figura de inimputabilidad

El primer párrafo del actual artículo 34 del Código Penal circunscribe la inimputabilidad a la posibilidad de comprender la criminalidad del acto y decidir libremente dirigir su conducta conforme a derecho. El proyecto no modifica sustancialmente esta perspectiva, en tanto establece que no será punible *"el que a causa de cualquier anomalía, trastorno o alteración psíquica permanente o transitoria, no haya podido, al momento del hecho, comprender su criminalidad o dirigir sus acciones conforme a esa comprensión"* (art. 5, inc. h).

Con independencia de las distintas dimensiones comprendidas dentro de la noción de inimputabilidad y las discusiones propias que derivan de su definición, la construcción óptica de los límites a la imputabilidad da lugar al diagnóstico sobre el individuo. En la práctica, estos peritajes de diagnóstico se llevan a cabo bajo un modelo biomédico caracterizado por una concepción de la subjetividad centrada absolutamente en la morbilidad individual, en una concepción de la enfermedad mental extrapolada de la praxis médica tradicional.

La CDPD exige que la “capacidad de comprensión” de un individuo se evalúe bajo nuevos estándares. Se erige sobre los principios de autodeterminación y autonomía individual de las personas con discapacidad (arts. 12 y 19) y obliga a los Estados a reemplazar el sistema tutelar que ha vulnerado en forma reiterada y diversa los derechos humanos de las personas con discapacidad. Este cambio de paradigma conlleva consecuencias estructurales sobre la definición del régimen de capacidad jurídica para ejercer derechos y ser responsable de obligaciones. Conforme su art. 12 la capacidad jurídica implica la capacidad de actuar⁵, y su contracara es la capacidad de asumir la responsabilidad por las decisiones adoptadas, lo que incluye el deber de cumplir tanto las obligaciones tomadas por propia voluntad como las impuestas por la sociedad (como lo es la regulación penal de las conductas prohibidas)⁶.

Aquellos principios convencionales deben interpretarse en forma armónica con la posibilidad de que un padecimiento mental en un momento dado pueda alterar la comprensión del individuo sobre algunos elementos de la realidad, lo que de ninguna manera podría derivar en un diagnóstico totalizador sobre su personalidad como lo es la determinación de peligrosidad.

Si bien no se puede desconocer que el proceso dinámico de la dimensión psíquica del sujeto puede tener consecuencias directas sobre la capacidad de conocer ciertos datos de la realidad en un momento determinado (datos fácticos o normativos), las formas de comprensión de los fenómenos psíquicos y las consecuencias jurídicas no pueden fundarse exclusivamente en modalidades diagnósticas. Más aún si se tiene en cuenta que será la misma intervención pericial la que determinará la noción de “agresividad” (que fundamenta la medida de seguridad), enlazada al diagnóstico. Esto provoca un deslizamiento de la pericia, estrictamente necesaria en relación al momento del hecho, hacia el prejuizamiento sobre la naturaleza del individuo y sus potenciales acciones.

Está claro que la actual redacción legal merece ser modificada por ser anacrónica respecto de la normativa vigente en materia de salud mental y reconocemos los esfuerzos de la Comisión Redactora de despojar al máximo posible la redacción de cuestiones diagnósticas. Sin embargo, no se puede desconocer que la determinación de una “anomalía, trastorno o alteración psíquica”, en la práctica, deriva casi automáticamente de un diagnóstico psiquiátrico, lo que a su vez se asocia a etiquetamientos como el de agresividad. Esta caracterización queda exclusivamente supeditada a la voluntad del saber médico⁷.

⁵ OACNUDH, Documento de antecedentes de la Conferencia sobre la Capacidad jurídica, preparado para la 6a reunión del Comité Ad Hoc de la CDPD, disponible en: <http://www.un.org/esa/socdev/enable/rights/ahc6documents.htm>

⁶ Tina Minkowitz, El Artículo 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad -Consideraciones para su Implementación (Center for the Human Rights of Users and Survivors of Psychiatry, Chestertown, NY, 12817, USA, tminkowitz@earthlink.net, www.chrusp.org).

⁷ En este mismo sentido, en el *“Manual de Derecho Penal – Parte General”*, Ediar, Bs. As, 2005 del Dr. Raúl Zaffaroni, integrante de la Comisión: *“para la ley vigente tomada literalmente, el inimputable enfermo mental debiera permanecer manicomializado el resto de su vida, cualquiera sea el injusto en que hubiera incurrido”*.

Entendemos que muchas de estas cuestiones referentes al contenido de la inimputabilidad refieren a los límites de la función pericial y a la determinación de normas procesales. Aún cuando estas limitaciones excedan el ámbito del derecho penal material, consideramos importante señalar estos efectos negativos de una práctica pericial contraria a los lineamientos del nuevo paradigma en salud mental.

2. Sobre los derechos de los pueblos originarios

Ver documento adjunto.

B) Parte especial

1. Sobre los delitos contra el honor: el derecho a la libertad de expresión

El anteproyecto propone reformas de dudosa consistencia con el temperamento adoptado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte Interamericana o Corte IDH) en el caso Kimel⁸, que motivó la última reforma en materia de despenalización de la expresión en Argentina (Ley 26.551). Esta reforma fue consecuencia de un largo proceso judicial que llegó al Sistema Interamericano de Derechos Humanos y por el cual se condenó al Estado argentino. Como medida de no repetición y reparación se ordenó reformar la regulación de los artículos 109 y 110 del CP.

Hecha esta primera aclaración corresponde abocarnos al análisis del articulado propuesto.

El artículo 100 del anteproyecto establece:

"Injuria y calumnia: 1. Será penado con multa de VEINTE (20) a CIEN (100) días, el que mediante la prensa o cualquier otro medio de comunicación o difusión masiva, deshonrar o desacreditare a una persona física determinada. 2. Será penado con multa de CINCUENTA (50) a CIEN (100) días, el que calumniare a una persona física imputándole concreta y circunstanciadamente un delito que dé lugar a la acción pública. 3. Cuando la calumnia se cometiere mediante la prensa o cualquier otro medio de comunicación o difusión masiva, el máximo de la multa se elevará hasta CIENTO CINCUENTA (150) días. 4. En ningún caso configurarán estos delitos las expresiones referidas a asuntos de interés público".

Con relación al delito de calumnias previsto en los incisos 2 y 3, es pertinente señalar que el tipo propuesto no describe qué debe entenderse por calumnia, lo que se traduce en una violación al principio de legalidad. Además, se propone eliminar la falsedad de las imputaciones como descriptor del tipo penal. Esto implica que la propuesta no se ajusta a los mandatos de la corte IDH.

Resulta pertinente recordar que la Corte Interamericana en oportunidad de analizar y expedirse en el mencionado caso Kimel sostuvo que:

"es la ley la que debe establecer las restricciones a la libertad de información". En este sentido, cualquier limitación o restricción debe estar prevista en la ley, tanto en sentido formal como material. Ahora bien, **si la restricción o limitación proviene del derecho**

⁸ Corte IDH, Caso Eduardo Kimel vs Argentina, sentencia de fecha 2 de mayo de 2008.

penal, es preciso observar los estrictos requerimientos característicos de la tipificación penal para satisfacer en este ámbito el principio de legalidad. Así, deben formularse en forma expresa, precisa, taxativa y previa. El marco legal debe brindar seguridad jurídica al ciudadano”⁹ (el destacado nos pertenece).

Siguiendo esa línea sostuvo:

“... en el presente caso el Estado indicó que la falta de precisiones suficientes en el marco de la normativa penal que sanciona las calumnias y las injurias que impidan que se afecte la libertad de expresión, importa el incumplimiento de la obligación de adoptar medidas contempladas en el artículo 2 de la Convención Americana”¹⁰.

En virtud de ello, la Corte IDH ordenó al Estado argentino, en forma prioritaria, que reforme la legislación para evitar que hechos similares se repitan. En particular, destacó que se debía llevar adelante una modificación de los delitos de calumnias e injurias, ya que su regulación habilitaba a los tribunales argentinos a fallar con criterios discrecionales y fomentaba el dictado de numerosas sentencias violatorias a la libertad de expresión.

Precisamente a raíz de este precedente se sancionó el tipo penal actual de calumnia (art. 109) en concordancia con el estándar internacional señalado. En su redacción se incluyó la referencia “[l]a calumnia o falsa imputación a una persona física determinada de la comisión de un delito concreto y circunstanciado”.

A su vez, la Comisión propone aumentar las penas en la mitad para el caso de las calumnias difundidas por la prensa. Entendemos que esta iniciativa no es correcta. Al respecto, recordamos que es similar a lo que disponían las leyes 17.567 de 1968 y 21.338 de 1976.

En cuanto al delito de injurias previsto en el inciso 1, advertimos una fórmula que lejos de adoptar los lineamientos fijados por la Corte IDH, propone penalizar por ese delito únicamente a los medios de comunicación en franca violación de lo previsto en el artículo 32 de nuestra Constitución Nacional. Al disponer el anteproyecto en el artículo 100, inc. 1 “...el que **mediante la prensa o los medios de comunicación o difusión masiva**, deshonraré o desacreditaré a una persona física determinada”, se estaría creando una figura típica para los medios de comunicación o periodistas. Sin embargo, en nuestro país no se admiten los delitos de prensa (a diferencia de otras legislaciones), justamente por resultar contrarios a la Constitución Nacional.

El actual artículo 114 establece “*Cuando la injuria o calumnia se hubiere propagado por medio de la prensa, en la capital y territorios nacionales, sus autores quedarán sometidos a las sanciones del presente código y el juez o tribunal ordenará, si lo pidiere el ofendido, que los editores inserten en los respectivos impresos o periódicos, a costa del culpable, la sentencia o satisfacción*”. Como se puede observar este artículo que opera para las reparaciones, es respetuoso del artículo 32 mencionado.

Por otro lado, la mención a “difusión masiva” también dará lugar a un sin número de interrogantes pues no queda claro el alcance de ese concepto. Por ejemplo, si incluye las redes sociales Twitter o Facebook. Esto pone en evidencia que el artículo propuesto no cumple con el mandato del principio de legalidad y contraría la sentencia de la Corte IDH en el caso de Kimel en cuanto a este punto.

⁹ Corte IDH, Caso Eduardo Kimel vs Argentina, op. cit. Párr. 63

¹⁰ Corte IDH, Caso Eduardo Kimel vs Argentina, op. cit. Párr. 66

A su vez, el artículo se aleja de la actual doctrina de la Corte Suprema en el caso Campillay¹¹ porque al no incluir referencias de excepción a las expresiones no asertivas deja sin efecto las salvaguardas. El estándar fijado por la CSJN establece tres reglas: la cita fiel, no nombrar a la persona salvo con sus iniciales y no usar asertivos (utilización de verbos en potencial). Esta eliminación sería contraria a este estándar fijado por la Corte Suprema.

En esta misma línea, resulta relevante agregar que durante la supervisión de cumplimiento de sentencia del caso Kimel la Corte IDH señaló:

“...el Estado remitió una copia de un proyecto de Ley para reformar diversas normas contenidas en el Código Penal de la Nación, referidas a calumnias e injurias. Afirmó que dicho proyecto tenía por finalidad “propiciar la absoluta despenalización de los casos en los cuales las expresiones se refieran a ‘**asuntos de interés público**’ o que ‘**no sean asertivas**’”, agregó que la “propuesta encuentra su fundamento en la importancia que deben merecer las opiniones y valoraciones críticas y la trascendencia que adquiere la libertad de expresión en toda sociedad democrática, como baluarte del Estado de Derecho”¹².

Es decir que la Corte Interamericana valoró positivamente la iniciativa presentada por el Estado, luego aprobada por ley 26.551, que proponía eliminar de la conducta típica las “expresiones a asuntos de interés público”, así como las “que no sean asertivas”. Y que, además, asignaba como pena una multa económica¹³.

De lo dicho, entonces, entendemos que la propuesta de artículo 100 resulta manifiestamente improcedente ya que implicaría un claro retroceso en los estándares alcanzados por la normativa vigente.

En cuanto al **artículo 101** del anteproyecto¹⁴ sobre la publicación o reproducción observamos que se eleva el estándar respecto de la “transcripción exacta”. Pues bien, nuestro actual artículo 113 dispone “...*siempre que su contenido no fuera atribuido en forma **sustancialmente fiel a la fuente pertinente***” mientras que el propuesto dispone “*siempre que su contenido no fuere una **reproducción fiel***”. Es decir, el tipo penal que se propone exige un umbral más alto y difícil de acceder en relación al que rige actualmente.

A su vez, este artículo propone eliminar las expresiones referidas a asuntos de interés público o las que no sean asertivas. Con respecto a este punto, aplican las observaciones realizadas al tratar el artículo 100, en especial en lo que se refiere a eliminar estándar de protección ordenado por la Corte IDH.

En relación con la figura de injurias, otro aspecto negativo que observamos es la pretensión de eliminar el actual artículo 111 del CP que dispone “*El acusado de injuria, en los casos en los que las expresiones de ningún modo estén vinculadas con asuntos de interés público, no podrá probar la verdad de la imputación salvo en los casos siguientes: 1) Si el hecho atribuido a la persona ofendida, hubiere dado lugar a un proceso penal. 2) Si el querellante pidiera la prueba de la imputación dirigida contra él. En estos casos, si se probare la verdad de las imputaciones, el acusado quedará exento*”

¹¹ Fallos: 308:789

¹² Corte IDH, *caso Kimel vs. Argentina*, resolución del 18 de mayo de 2010. Párr. 30

¹³ Ob. cit. Párr. 33.

¹⁴ ARTÍCULO 101º “Propuesta Publicación o reproducción. El que publicare o reprodujere, por cualquier medio, injurias o calumnias inferidas por otro, será reprimido como autor de las injurias o calumnias de que se tratare, siempre que su contenido no fuere una reproducción fiel atribuida a una fuente confiable”.

de pena". Es decir, que se propone eliminar la prueba de la verdad en las injurias. Esta modificación resulta incoherente con la idea de sostener la figura penal de injuria. Si hay delito de injuria debe necesariamente existir la excepción de la verdad.

Por último, en cuanto al **artículo 102** del anteproyecto referido a la publicación de sentencia o satisfacción consideramos que resulta contrario al artículo 32 de la Constitución. Entendemos que se trata de una facultad no delegada y que no corresponde al Código Penal regular este tipo de acciones.

Hemos señalado que la Corte IDH durante la supervisión de cumplimiento de la sentencia Kimel valoró positivamente la reforma implementada respecto de los delitos de calumnias e injurias. A ello cabe agregar que recientemente la Corte Interamericana tuvo oportunidad de analizar el caso *Mémoli vs. Argentina*, y reafirmó lo hasta aquí sostenido. En este caso la Corte IDH sostuvo:

"...En el caso Kimel la Corte se pronunció específicamente en relación a los entonces vigentes artículos 109 y 110 del Código Penal estableciendo que no cumplían con los estándares de estricta legalidad exigibles en materia penal por la falta de precisiones suficientes en el marco de la normativa penal que sanciona las calumnias y las injurias" que, por lo demás, había sido reconocida por el propio Estado. Sobre esa base es que la Corte Interamericana dispuso, específicamente, que se corrigieran tales "imprecisiones". **Cuando Argentina corrigió las referidas imprecisiones, a través de la Ley 26.551 de noviembre de 2009, modificando las tipificaciones existentes dentro del mismo Código Penal, la Corte Interamericana estableció que el Estado había dado cumplimiento total a su obligación de adecuar su derecho interno a la Convención Americana**¹⁵ (el resaltado nos pertenece).

Es evidente que la propuesta elaborada por la Comisión sobre el capítulo de delitos contra el honor se aleja de los avances logrados en materia de libertad de expresión.

Como organismo defensor de los derechos humanos y por nuestra larga trayectoria en esta materia, nos preocupa el contenido que se ha dado a la propuesta en relación con estas figuras, en dirección contraria a los propios actos del Estado argentino que en 2009 adecuó la normativa a las exigencias del derecho internacional de los derechos humanos. Esperamos que se repare en nuestras consideraciones a los fines de lograr una reforma respetuosa y coherente de los mandatos internacionales y constitucionales, pues de lo contrario se volvería a incurrir en responsabilidad internacional.

2. Sobre la incorporación de los delitos de Genocidio y Lesa Humanidad.

El anteproyecto propone tipificar los delitos de Lesa Humanidad, Genocidio y Crímenes de Guerra. Hemos observado que la Comisión optó por apartarse de las definiciones internacionales existentes y propuso un criterio más amplio.

En el caso específico del Genocidio, redefine el tipo penal establecido en el Estatuto de Roma y se amplían los grupos que pueden ser víctimas de este delito. De este modo en su artículo 64 dispone:

¹⁵ Corte IDH "caso Mémoli vs. Argentina", sentencia de 22 de agosto de 2013, párr. 133.

“Genocidio: Se impondrá prisión de VEINTE (20) a TREINTA (30) años, al que con la finalidad de destruir total o parcialmente a un grupo de personas, **identificado con criterio discriminatorio**, perpetrare alguno de los siguientes hechos: a) Matanza de miembros del grupo. b) Lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo. c) Sometimiento del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial. d) Adopción de medidas destinadas a impedir nacimientos en el seno del grupo. e) Traslado por la fuerza de individuos del grupo a otro grupo”.

A raíz de esta redacción se deduce que víctima podrá ser cualquier grupo de personas identificado con criterio discriminatorio. Si bien comprendemos que el espíritu que guía esta propuesta es avanzar en una reforma que resulte superadora de lo establecido a nivel internacional¹⁶, entendemos que esta amplitud podría resultar desventajosa y confusa respecto de la exigencia de ley penal estricta¹⁷. Si se mantiene el criterio de la Comisión **sugerimos que a los fines de mejorar la técnica legislativa se precise qué debe entenderse por criterio discriminatorio**.

Con relación a los delitos de lesa humanidad, el anteproyecto establece en su artículo 66:

“Otros crímenes contra la humanidad. Será penado con prisión de VEINTE (20) a TREINTA (30) años el que perpetrare un ataque generalizado o sistemático contra una población civil, cometiendo cualquiera de los actos siguientes: a) Homicidio. b) Exterminio. c) Esclavitud. d) Deportación o traslado forzoso de población. e) Encarcelamiento u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional. f) Tortura. g) Violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada u otros abusos sexuales de gravedad comparable. h) Persecución de un grupo o colectividad con identidad propia, fundada en motivos políticos o por razones discriminatorias”.

La Comisión optó por eliminar la desaparición forzada como modalidad del “ataque generalizado o sistemático” que caracteriza a los delitos de lesa humanidad, alejándose de lo establecido por el Estatuto de Roma. Creemos que más allá de que el anteproyecto contemple la figura típica de la desaparición forzada (como sería también el homicidio o la privación ilegítima de la libertad), su omisión impediría que se contemple esta acción como delito de lesa humanidad si se diera en el contexto de un ataque generalizado o sistemático contra población civil. Así ha quedado establecido en la jurisprudencia del máximo tribunal argentino al confirmar las sentencias recaídas por los crímenes del terrorismo de Estado.

En consecuencia, **creemos que una correcta técnica legislativa sería aquella que incluya entre sus modalidades el delito de desaparición forzada, tal cual lo prescribe el Estatuto de Roma**.

3. Sobre el delito de aborto

¹⁶ En los fundamentos se sostiene que el derecho internacional impone a los Estados la sanción de este delito, pero que éstos bien pueden ampliar la tipicidad, conforme a su ejercicio de soberanía. Se afirma que lo que sería violatorio del derecho internacional es una definición más estrecha del ámbito típico.

¹⁷ El código penal francés tipifica de manera similar el genocidio y establece que “Constituye genocidio el hecho de, en ejecución de un plan concertado tendente a la destrucción total o parcial de un grupo nacional, étnico, racial o religioso, **o de un grupo definido con base en cualquier otro criterio arbitrario**, cometer o hacer cometer contra los miembros del grupo alguno de los actos siguientes: - atentado voluntario contra la vida; - atentado grave contra la integridad física o psíquica; - sometimiento a condiciones de existencia susceptibles de provocar la destrucción total o parcial del grupo; - medidas para obstaculizar los nacimientos; - traslado forzoso de niños.

En relación a este delito en el anteproyecto se propone regular el tipo penal de la siguiente manera:

“Artículo 84: Aborto. 1. El que causare un aborto será reprimido: a) Con prisión de TRES (3) a DIEZ (10) años, si obrare sin consentimiento de la mujer. El máximo de esta pena será de QUINCE (15) años si el hecho fuere seguido de la muerte de la mujer”.

La propuesta es valiosa al recuperar el estándar de la CSJN en el caso “F.A.L.”¹⁸, en relación con los supuestos en que el embarazo sea producto de una violación y al excluir la necesidad de que la mujer declarada incapaz sea representada por otra persona en esta decisión. Sin embargo, entendemos que aún así no cumple con los compromisos asumidos por nuestro país en materia de derechos humanos y desarrollo de la población.

En este sentido, creemos que el avance de un nuevo Código, basado en los principios de racionalidad penal y derecho penal mínimo expresados en los fundamentos del anteproyecto, debe necesariamente cuestionar la pertinencia de mantener el tipo penal de aborto, bajo prácticamente la misma fórmula que la prevista actualmente en el artículo 85 inc. 2¹⁹.

Conforme lo demuestran las estadísticas existentes, aunque escasas, no existe en el sistema de justicia la pretensión de perseguir este tipo de delitos²⁰ de manera proporcional a su comisión. En los casos que se judicializan, tampoco se observa la intención de sancionar a las personas implicadas²¹. Es decir, los abortos se realizan en nuestro país de manera muy frecuente, en un circuito clandestino que puede ser de dos tipos: seguro y de baja complejidad para aquellas mujeres que pueden pagar por estas condiciones; e inseguro, peligroso y hasta mortal para las mujeres de escasos recursos económicos, que deciden terminar su embarazo aunque sin tener mayores garantías de hacerlo en condiciones seguras.

Por estas razones insistimos en que la utilización del derecho penal para proteger el bien jurídico tutelado, es decir la vida en gestación, no constituye una herramienta eficaz de política criminal. Y, a su vez, en los casos en que interviene el poder punitivo, se comprueba una vez más su selectividad. La práctica ha mostrado que se persigue a las mujeres de bajos recursos económicos que acuden al sistema de salud en busca de asistencia por estar en peligro su vida o que, en el mejor de los casos, se desmantela la estructura precaria, nociva e insegura destinada a atenderlas.

Por su parte, el carácter delictivo de esta conducta genera las condiciones para que las mujeres que ejercen su libertad reproductiva sufran afectaciones en su vida o integridad personal. Este aspecto es central para evaluar el cumplimiento de los compromisos asumidos por nuestro país ante la comunidad internacional así como aquellos que se desprenden de la propia Constitución desde 1994. A causa de abortos inseguros en nuestro país mueren alrededor de 100 mujeres por año²². Unas 60.000 mujeres han sufrido consecuencias en su integridad física y debieron ser atendidas por

¹⁸ CSJN “F., A. L. s/ medida autosatisfactiva”, del 13 de marzo de 2012.

¹⁹ Art. 85 “El que causare un aborto será reprimido: 2) con reclusión o prisión de uno a cuatro años, si obrare con consentimiento de la mujer. El máximo de la pena se elevara a seis años, si el hecho fuere seguido de la muerte de la mujer”.

²⁰ Durante el período 1993-2009, solo en la ciudad de Buenos Aires se registraron cerca de 1130 causas por el delito de aborto, de las cuales 809 fueron por aborto propio. Si bien las cifras indican que esta cifra es menor años tras año aún hay cientos de mujeres que deben enfrentar largos procesos penales, con el claro impacto sobre su vida personal, familiar y económica.

²¹ De acuerdo con los datos obtenidos por el CEDES, entre 2002 y 2008 apenas 22 mujeres fueron condenadas en todo el país por el delito de aborto. En la provincia de Mendoza, en el período 1996-2009, se dictaron 8 condenas a mujeres.

²² CELS “Informe anual 2011 - Derechos humanos en Argentina”, ed. Siglo XXI, pag. 234, disponible en http://cels.org.ar/common/documentos/CELS_FINAL_2011.pdf.

cuestiones relacionadas con estas prácticas en los hospitales. A su vez, por el efecto arrastre de la punibilidad del aborto, muchas niñas y mujeres que cursan un embarazo y se encuentran contempladas en las excepciones del art. 86 segundo párrafo, no son asistidas por el sistema de salud.

Es indudable que el debate sobre esta figura penal impacta sobre los derechos a la salud, la vida, la integridad personal, la libertad y la autonomía de las mujeres, reconocidos en los distintos instrumentos de derechos humanos²³. Estas vulneraciones de derechos han sido reconocidas reiteradamente por diversos organismos de protección.

El Comité de Derechos Humanos, encargado del monitoreo del cumplimiento del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante PIDCP) ha señalado que los Estados deben adoptar medidas positivas para proteger el derecho a la vida²⁴ de las mujeres incluso frente a un alegado “deber de protección” del producto de la concepción, por ejemplo en situaciones relativas al aborto. Dicho Comité ha requerido a los Estados que informen sobre la mortalidad de mujeres relacionada con el embarazo y el parto²⁵, mostrando su preocupación sobre la relación entre las leyes restrictivas en materia de interrupción del embarazo, los abortos clandestinos y las amenazas a la vida de este colectivo²⁶. Por lo tanto, ha considerado que las leyes que criminalizan de forma absoluta el aborto ponen en riesgo los derechos de las mujeres a la vida, la salud y la integridad personal, en tanto generan las condiciones para la realización de abortos en condiciones clandestinas e inseguras²⁷.

En igual sentido, el Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, Anand Grover en su último informe ha considerado que:

²³ Solo con referencia al derecho a la salud se puede citar el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), que en su artículo 12 reconoce el derecho de toda persona a disfrutar del más alto nivel posible de salud física y mental. Este derecho alcanza el derecho a la salud reproductiva, de acuerdo con las plataformas de acción de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo (El Cairo, 1994) y la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer (Beijing, 1995). Este derecho también se encuentra reconocido en el artículo 10 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (“Protocolo de San Salvador”). Una protección que se complementa con la CEDAW, que reconoce el derecho de las mujeres a la libertad y autonomía reproductivas, al establecer en su art. 10 que los Estados tienen el deber de asegurar a las mujeres, en el contexto de las relaciones familiares, “[l]os mismos derechos a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos y a tener acceso a la información, la educación y los medios que les permitan ejercer estos derechos.” Esta Convención reafirma el derecho de las mujeres a tomar decisiones sobre su vida reproductiva en condiciones de igualdad dentro del ámbito familiar y de la salud, así como la obligación del Estado de garantizar el acceso a servicios adecuados de atención médica, información, asesoramiento y educación en materia de planificación de la familia (arts. 10, 14 y 16).

²⁴ Comité de Derechos Humanos, Observación General 6. Artículo 6, 16° período de sesiones (1982), párrafo 5.

²⁵ Comité de Derechos Humanos, Observación General 28. Artículo 3: Derecho a la igualdad entre hombres y mujeres, 68° período de sesiones (2000), [U.N. Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.10], párr.10.

²⁶ Ver Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos a: Bolivia, U.N. Doc. CCPR/C/79/Add.74 (1997), párrafo 22; Camerún, U.N. Doc. CCPR/C/79/Add.116 (1999), párrafo 13; Chile, U.N. Doc. CCPR/C/79/Add.104 (1999), párrafo 15; Colombia, U.N. Doc. CCPR/CO/80/COL (2004), párrafo 13; Costa Rica, U.N. Doc. CCPR/C/79/Add.107 (1999), párrafo 11; Ecuador, U.N. Doc. CCPR/C/79/Add.92 (1998), párrafo 11; Guatemala, U.N. Doc. CCPR/CO/72/GTM (2001), párrafo 19; Mali, U.N. Doc. CCPR/CO/77/MLI (2003), párrafo 14; Marruecos, U.N. Doc. CCPR/CO/82/MAR (2004), párrafo 29; Perú, U.N. Doc. CCPR/CO/70/PER (2000), párrafo 20; Polonia, U.N. Doc. CCPR/C/79/Add.110 (1999), párrafo 11; Polonia, U.N. Doc. CCPR/CO/82/POL (2004), párrafo 8; Senegal, U.N. Doc. CCPR/C/79/Add.82 (1997), párrafo 12; Sri Lanka, U.N. Doc. CCPR/CO/79/LKA (2003), párrafo 12; Venezuela, U.N. Doc. CCPR/CO/71/VEN, (2001), párr. 19.

²⁷ Ver Comité de Derechos Humanos, Observaciones finales a: Perú 1996 y 2000, párrafos 15 y 20 respectivamente; Marruecos, 2004, párrafo 29; Caso K.L. vs. Perú (ver supra, nota 60) párrafo 29; Comité DESC, Observaciones finales a México, E/C.12/MEX/CO/4, 9 de junio de 2006, párrafos 25 y 44; Comité CEDAW, Observaciones finales a México, CEDAW/C/MEX/CO/6, 25 de agosto de 2006, párrafos 32 y 33; Comité de los Derechos del Niño, Observaciones finales a México, CRC/C/MEX/CO/3, 8 de junio de 2006, párrafos 50 y 51; Comité de Derechos Humanos, Observaciones finales a México, CCPR/C/MEX/CO/5, 7 de abril de 2010, párr. 10.

“21. Las leyes penales que castigan y restringen el aborto inducido son el ejemplo paradigmático de las barreras inaceptables que impiden a las mujeres ejercer su derecho a la salud y, por consiguiente, deben eliminarse. Estas leyes atentan contra la dignidad y autonomía de la mujer al restringir gravemente su libertad para adoptar decisiones que afecten a su salud sexual y reproductiva. Asimismo, generan invariablemente efectos nocivos para la salud física, al ser causa de muertes evitables, morbilidad y mala salud, y para la salud mental, entre otras cosas porque las mujeres afectadas se arriesgan a caer en el sistema de justicia penal. **La promulgación o el mantenimiento de leyes que penalicen el aborto puede constituir una violación de la obligación de los Estados de respetar, proteger y hacer efectivo el derecho a la salud**”²⁸ (el resaltado nos pertenece).

Hoy se encuentra fuertemente cuestionada la validez de la herramienta penal para proteger la vida en gestación. Y, de hecho, el derecho internacional de los derechos humanos ha ensayado respuestas respecto de cuál es la naturaleza de la protección que el Estado puede darle válidamente a esta vida por nacer²⁹ frente a los derechos de las niñas y mujeres.

En noviembre de 2012, la Corte IDH resolvió en el caso *Artavia Murillo vs. Costa Rica* que el embrión no debe ser tratado de igual manera que una persona nacida. El embrión y el feto gozan de una protección gradual e incremental, pero no absoluta en relación con el derecho a la vida.

“264. La Corte ha utilizado los diversos métodos de interpretación, los cuales han llevado a resultados coincidentes en el sentido de que el embrión no puede ser entendido como persona para efectos del artículo 4.1 de la Convención Americana. Asimismo, luego de un análisis de las bases científicas disponibles, la Corte concluyó que la “concepción” en el sentido del artículo 4.1 tiene lugar desde el momento en que el embrión se implanta en el útero, razón por la cual antes de este evento no habría lugar a la aplicación del artículo 4 de la Convención. Además, es posible concluir de las palabras “en general” que la protección del derecho a la vida con arreglo a dicha disposición no es absoluta, sino es gradual e incremental según su desarrollo, debido a que no constituye un deber absoluto e incondicional, sino que implica entender la procedencia de excepciones a la regla general”³⁰.

Como se puede observar, los organismos internacionales de derechos humanos han diferenciado entre el interés legítimo del Estado de proteger la vida prenatal, de la obligación de respetar y garantizar el derecho a la vida y los derechos humanos de las personas nacidas, particularmente de las mujeres. También, estos organismos han establecido que los tratados internacionales de derechos humanos no otorgan personalidad jurídica al producto de la concepción.

Adicionalmente, cabe señalar que nuestro país ha formado parte del Consenso de Montevideo, a partir del cual se acordó “instar a los demás Estados a considerar la posibilidad de modificar las leyes, normativas, estrategias y políticas públicas sobre la interrupción voluntaria del embarazo para

²⁸ El derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, 3 de agosto de 2011. Disponible <<http://bit.ly/rCm5hY>> [consulta: 24 mayo 2013].

²⁹ Si bien existen varios tratados internacionales en materia de derechos humanos que protegen el derecho a la vida: la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, **no se refieren a la protección del producto de la concepción como parte de este derecho**. La Convención Americana se refiere a una protección, en general, desde la concepción.

³⁰ Corte IDH. *Caso Artavia Murillo (Fertilización In Vitro) vs. Costa Rica*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2012. Serie C, No. 257, párr. 264.

salvaguardar la vida y la salud de mujeres y adolescentes, mejorando su calidad de vida y disminuyendo el número de abortos" (apartado D, párr. 42)³¹.

Por todas estas razones, entendemos que la propuesta de despenalizar el aborto en los términos propuestos por el proyecto de la Campaña Nacional por el derecho al aborto legal, seguro y gratuito, de la que el CELS forma parte, es la forma de resolver cada una de las cuestiones planteadas³².

Por el contrario, tal como dijimos, el anteproyecto no sólo no revisa la punibilidad del aborto con consentimiento de la mujer durante las primeras doce semanas de gestación sino que introduce otros cambios que refuerzan los tipos penales existentes.

Así, el anteproyecto, sin contemplar los efectos mencionados de la punibilidad del aborto incorpora la figura culpable con la pena prevista para el preterintencional. Por el contexto fáctico descripto podemos adelantar que esta figura incrementará innecesariamente la punición y aumentará el riesgo asumido por la mujer que decide no continuar con un embarazo. Es que aunque la reforma propuesta excluye a las mujeres como posibles autoras de esta conducta típica, involucra a los profesionales que las atienden en situación de embarazos no deseados, lo que seguramente disuadirá a que muchos de ellos les presten asistencia o les brinden información. Esto también en relación con el acceso a la medicación que disminuye los riesgos para la vida y/o la salud.

Por último, el anteproyecto propone agregar la figura de lesiones al feto. Esto es altamente controvertido por cuanto otorgan al feto un *status* jurídico diferente al de la mujer que lo está gestando, asumiendo una posición que equipara al feto con una persona nacida. Consideramos necesario resaltar que esta figura penal existe en legislaciones en donde se encuentra despenalizado el aborto hasta las primeras doce semanas, como es el caso de España. Sin esta condición previa, este tipo penal avanza en una discusión no saldada a nivel interno e internacional, respecto cuál es la forma y el grado de protección que debe dársele al feto frente a los derechos de la mujer en situación de embarazo no deseado. Y asume, incluso, una postura contraria a la jurisprudencia de la Corte IDH, en la causa Artavia Murillo mencionada, cuyas conclusiones no convalidan el criterio asumido por la Comisión sino que se posiciona en sentido contrario.

4. Sobre la tipificación de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes

Las diferencias entre la tortura, los apremios ilegales, las vejaciones y las severidades

El anteproyecto propone regular el delito de tortura en su artículo 88³³ y el de apremios ilegales, vejaciones y severidades en el 109³⁴. Las reformas introducidas mantienen algunos de los problemas planteados oportunamente a la Comisión respecto de la regulación vigente.

³¹ CEPAL. Primera reunión de la Conferencia Regional sobre Población y Desarrollo de América Latina y el Caribe. Integración plena de la población y su dinámica en el desarrollo sostenible con igualdad y enfoque de derechos: clave para el Programa de Acción de El Cairo después de 2014. Montevideo, 12 a 15 de agosto de 2013, disponible en http://www.cepal.org/celade/noticias/documentosdetrabajo/8/50708/2013-595-Consenso_Montevideo_PyD.pdf.

³² Presentado el día 9 de abril de 2014, expediente n°2249-D-2014.

³³ Artículo 88 Tortura: Será reprimido con prisión de OCHO (8) a VEINTE (20) años, el funcionario público o quien actuare con su aquiescencia, que infligiere a una persona legítima o ilegítimamente privada de libertad, tormento físico o grave sufrimiento psíquico.

³⁴ Artículo 109 Privación ilegal de la libertad por funcionario público: Será reprimido con prisión de UNO (1) a SEIS (6) años: h) El funcionario público que en un acto de servicio o ejerciendo la guarda de presos, impusiere severidades, vejaciones o apremios ilegales.

La aplicación de estos tipos penales se da en un contexto de fuertes resistencias de las fuerzas de seguridad o penitenciarias y de gran parte de la estructura judicial para desarrollar investigaciones por estos hechos.

Esta resistencia se expresa también en la dificultad que existe para que se tipifiquen conductas como tortura. Los jueces optan aplicar las figuras más leves³⁵. Esto tiene como consecuencia que se impongan penas exiguas a los responsables sin guardar proporcionalidad con la gravedad de las prácticas. A partir de ello, distintos organismos internacionales de protección de derechos humanos han manifestado su preocupación al Estado y han solicitado que se dispongan reformas normativas y medidas institucionales para sancionar adecuadamente a los responsables³⁶.

Tal como hemos sostenido, existe bastante acuerdo en que una de las razones para que esto ocurra es la poca claridad de estos tipos penales para describir cada una de las conductas así como la amplia diferencia de pena que existe entre el delito de tortura y las otras figuras más leves. Esta circunstancia opera como un incentivo negativo para los funcionarios judiciales, ya que si bien algunos estarían dispuestos a afirmar que se trata de un hecho de torturas, se resisten a aplicar la escala penal que el Código actualmente establece. Si bien esta la resistencia judicial se explica por múltiples problemas que van más allá de la mera cuestión normativa³⁷, el anteproyecto modifica las escalas de modo de generar un escalonamiento entre el máximo de las figuras más leves y el mínimo de más grave pero mantiene una amplia diferencia que sostendrá la tendencia a aplicar aquella escala que no se acerca a la del homicidio.

Entendemos que esto debería poder resolverse con un mensaje claro del legislador que genere nuevos incentivos y prácticas judiciales que permitan aplicar la figura de tortura en forma correcta, para dar cuenta del sentido social de esa conducta.

En este sentido, la cuestión central es la relativa a encontrar una mejor definición de las conductas típicas para disminuir el margen de apreciación judicial en los casos. Como dijimos, la legislación actual no posee definiciones claras que permitan diferenciar con precisión las distintas conductas que pueden ser encuadradas dentro del tipo penal de torturas, diferenciándolas de aquellas comprendidas en apremios, severidades y vejaciones, cuestión no menor en relación con el monto de pena aplicable.

La nueva redacción propuesta en el anteproyecto no avanza en este sentido y, por ende, mantiene las dificultades expuestas. El artículo 109 del anteproyecto tipifica las vejaciones, severidades y los apremios ilegales pero al igual que el tipo penal que rige actualmente, no precisa los elementos que

³⁵ Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) "Derechos humanos en Argentina: informe 2009", ed. Siglo Veintiuno Editores, Buenos Aires, 2009. Pág. 279, disponible en <http://www.cels.org.ar/common/documentos/ia09.pdf>

³⁶ El Comité de las Naciones Unidas contra la Tortura al examinar el cuarto informe periódico de Argentina respecto a la implementación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes hizo eco de esta situación y expresó su preocupación por: "c) La práctica reiterada por parte de los funcionarios judiciales de realizar una calificación errónea de los hechos, asimilando el delito de tortura a tipos penales de menor gravedad (por ejemplo apremios ilegales), sancionados con penas inferiores, cuando en realidad merecerían la calificación de tortura..."(Comité Contra la Tortura, Observaciones Generales a la Argentina, adoptadas el 10 de noviembre de 2004.CAT/C/CR/33/1). A su vez, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas también expresó su preocupación durante su 98º período de sesiones y observó que frecuentemente los hechos de tortura suelen encuadrarse en tipos penales de menor gravedad, tales como apremios ilegales, sancionados con penas inferiores. Así, recomendó al Estado argentino que al momento de calificar judicialmente hechos de estas características se tenga en cuenta su gravedad y los estándares internacionales en la materia (Nueva York, del 8 a 26 de marzo de 2010, Pág. 5).

³⁷ Para un desarrollo más exhaustivo de los distintos problemas en las prácticas judiciales respecto de la tortura, véase entre otros, Litvachky, Paula y Martínez, Josefina "La tortura y las respuestas judiciales en la Provincia de Buenos Aires" en Colapso del sistema carcelario, 2005, Ed. Siglo XXI.

integran el tipo de cada una de estas conductas, a la vez que no clarifica las diferencias entre estos malos tratos y la tortura. Si bien estas diferencias se regirían por los criterios jurisprudenciales actuales, las interpretaciones han sido cuestionables en muchos casos, con precedentes erráticos y poco homogéneos.

En general, la variable utilizada para distinguir las figuras ha sido la intensidad del dolor producido, es decir, la provocación de cierto dolor físico y/o psíquico de determinada gravedad. El Sistema Interamericano de Derechos Humanos ha desarrollado algunos criterios para guiar esta diferenciación. La CIDH tiene dicho que, *"...el criterio esencial para distinguir entre tortura y trato o castigo cruel, inhumano o degradante deriva principalmente de la intensidad del sufrimiento infligido"* (CIDH, Informe N° 92/05 - caso 12.418 – fondo - Michael Gayle – Jamaica - 24 de octubre de 2005, Párr. 62.). Y la Corte IDH ha intentado precisar aun más que: *"el análisis de la gravedad de los actos que puedan constituir tratos crueles, inhumanos o degradantes o tortura, es relativo y depende de todas las circunstancias del caso, tales como la duración de los tratos, sus efectos físicos y mentales y, en algunos casos, el sexo, edad y estado de salud de la víctima, entre otros"* (Corte IDH, caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri Vs. Perú, Sentencia de 8 de julio de 2004. Párr. 113.).

Entendemos que estos criterios pueden ayudar a incluir en los tipos penales modalidades o circunstancias que ayuden a diferenciar las figuras y den criterios legales a los jueces para interpretar los hechos. Si bien es cierto que una definición muy detallada puede limitar la aplicación a conductas muy diversas resulta imprescindible tener en cuenta el escenario complejo descrito en los párrafos precedentes para revertir los altos niveles de impunidad existentes en este campo.

Los delitos de omisión

Conforme la legislación vigente, los arts. 144 cuarto y 144 quinto, tipifican los delitos de omisión de evitar la comisión de torturas, omisión de denuncia y falta de la debida diligencia, abarcadores de las conductas de los funcionarios públicos que tienen responsabilidades específicas respecto de los actos de las personas que se encuentran bajo su órbita. Estas figuras solo podrían ser utilizadas si previamente se tiene por acreditado un caso de torturas. Es decir que de no calificarse la conducta como tortura en los términos del actual art. 144 ter, no es posible reprochar penalmente la conducta de los funcionarios públicos que según los estándares internacionales y conforme a su posición jerárquica y su deber de diligencia, resultan responsables de conductas directamente relacionadas con los tratos crueles inhumanos o degradantes. Esto implica que, cuando los hechos son calificados como apremios ilegales, vejaciones o severidades, estas conductas quedan abarcadas por figuras residuales como el incumplimiento de los deberes de funcionario público, o directamente quedan atípicas.³⁸

Este problema se mantiene en el anteproyecto, ya que a pesar de que se han tipificado distintas conductas tendientes a responsabilizar a estos funcionarios e incluso se ha agregado la omisión de

³⁸ Esta situación es contraria a las observaciones del Comité Contra la Tortura de Naciones Unidas (CAT) que sostuvo que "los superiores jerárquicos, funcionarios públicos incluidos, no pueden eludir la culpabilidad, ni sustraerse a la responsabilidad penal por los actos de tortura cometidos o los malos tratos infligidos por sus subordinados si sabían o debían haber sabido que esas conductas inaceptables estaban ocurriendo o era probable que ocurrieran, y no adoptaron las medidas razonables y necesarias para impedirlo. El Comité considera esencial que la responsabilidad de todo superior jerárquico por haber instigado o alentado directamente la tortura o los malos tratos, o por haberlos consentido o tolerado, sea investigada a fondo por órganos fiscales y jurisdiccionales competentes, independientes e imparciales" (CAT, Observación General N° 2, párrafo 26).

persecución en el art. 277 inc. 2, en todos los casos son conductas relacionadas con la tortura tipificada en el art. 88 y no con los apremios, severidades y vejaciones del art. 109.

En este sentido, creemos que es conveniente considerar la incorporación de tipos penales que abarquen esta clase de conductas, no solo respecto de la comisión de actos de tortura, sino también del resto de los tipos penales abarcadores del concepto de tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

Una forma de saldar este problema podría consistir en prever la aplicación de las figuras tipificadas en los arts. 89, 90, 255 inc. 2 (Omisión de denuncia) y 277 inc. 2 (Omisión de persecución) del anteproyecto, no solo para el delito de torturas, sino también para los apremios ilegales, las vejaciones y las severidades. Esta modificación debería a su vez considerar una compatibilización de las penas previstas mediante escalas penales distintas para los casos en que estos delitos se cometan en relación con casos de tortura y cuando estén relacionados con las otras figuras.

La extensión del concepto de sujeto activo de la tortura.

La eliminación en el anteproyecto de particulares como sujetos activos de este delito representa un avance en la adecuación del tipo penal al concepto propio que del derecho internacional. Sin embargo, aún persisten algunos debates en relación con el alcance del ejercicio de una función pública y la noción de aquiescencia estatal, que consideramos importante tener en cuenta para evitar la exclusión de situaciones que deben ser comprendidas, de acuerdo al desarrollo del derecho internacional, como prácticas de tortura. En particular, nos preocupa tener presente algunas prácticas muy comunes en entornos de la salud (en especial en contexto de encierro por razones de salud mental) que podrían reunir todos los elementos típicos del acto de tortura pero que, dependiendo del ámbito público o privado de intervención, queda librado a la discrecionalidad judicial la determinación del sujeto activo³⁹.

Para avanzar en una figura comprensiva de dichas prácticas, consideramos importante tener en cuenta dos cuestiones:

i) Por un lado, el concepto de privación de la libertad del Protocolo Facultativo a la Convención Contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes: cualquier forma de detención o encarcelamiento o de custodia de una persona en una institución **pública o privada** de la cual no pueda salir libremente, por orden de una autoridad judicial o administrativa o de otra autoridad pública. Lo determinante no es la dependencia institucional del Estado, sino la imposibilidad de salir libremente a partir de alguna determinación de autoridad pública. En el caso de las internaciones por razones de salud mental, reguladas por la ley 26.657, esta forma de privación de libertad puede darse tanto en hospitales públicos, caso en el cual no hay discusión alguna sobre la dependencia directa del agente con el Estado, o en clínicas o espacios privados, donde el Estado delega una función que le es propia, pero se reserva facultades de control y supervisión. Al mismo tiempo, cuando se trata de internaciones involuntarias, establece estrictos procesos de control judicial de legalidad de dicha internación. De allí que lo determinante no sea, en estricto sentido, si la práctica de tortura es efectuada por un sujeto que tenga un lazo administrativo con el Estado.

³⁹Ver el informe temático realizado por el Relator Especial Contra la Tortura, Juan Méndez, en el año 2013. Disponible en: http://www.ossyr.org.ar/PDFs/2013_Informe_Relator_Especial_UNU_penalizacion_aborto_tortura.pdf

ii) Por otra parte, el concepto de funcionario público: lo señalado en el punto precedente, a su vez, encuentra relación con los debates sobre el alcance de este concepto, muy tratado por la jurisprudencia. La figura del actual art. 77 impacta directa e indirectamente en muchas disposiciones del CPN, por lo que no es objeto de este planteo abordar todas sus implicancias en forma exhaustiva.

Sin embargo, es importante tener en cuenta que la actual redacción del art. 62 no modifica sustancialmente el concepto de funcionario público y lejos está de resolver las distintas interpretaciones judiciales existentes. Esta noción ha sido discutida, fundamentalmente, en oportunidad de resolver la procedencia de la suspensión del juicio a prueba o en delitos asociados a la corrupción. De allí que los principales fundamentos de la jurisprudencia deriven de la aplicación de tratados internacionales en la materia.

La Convención de Naciones Unidas Contra la Corrupción⁴⁰ establece en el segundo supuesto del art. 2 que se entenderá por funcionario público a *“toda otra persona que desempeñe una función pública, incluso para un organismo público o una empresa pública, o que preste un servicio público, según se defina en el derecho interno del Estado Parte y se aplique en la esfera pertinente del ordenamiento jurídico de ese Estado Parte”*. Por su parte, la Convención Interamericana Contra la Corrupción⁴¹ determina que se entenderá por función pública *“toda actividad temporal o permanente, remunerada u honoraria, realizada por una persona natural en nombre del Estado o al servicio del Estado o de sus entidades, en cualquiera de sus niveles jerárquicos”*.

El alcance de los conceptos en los convenios internacionales permite concluir, en concordancia con lo señalado en el punto anterior, que lo determinante debe ser la naturaleza de la función y no el nexo formal (administrativo o laboral) del agente con el Estado.⁴² Para evitar interpretaciones jurisprudenciales diversas y discrecionales es importante que el art. 63 propuesto en el anteproyecto se adecúe a dichas definiciones internacionales.

Encubrimiento y obstaculización de la investigación en casos de torturas, vejaciones, apremios u homicidios cometidos en contexto de encierro.

Es importante tener en cuenta que en los casos de delitos cometidos en contextos de encierro, fundamentalmente en los que puede haber responsabilidad de quienes están a cargo de los lugares de detención, estos poseen el dominio absoluto de la escena del crimen y de los demás elementos probatorios. Los funcionarios judiciales encargados de la investigación penal dependen de lo que estos hagan o, en el mejor de los casos, llegan al lugar pero en desventaja respecto del resguardo del lugar.

⁴⁰ Ratificada por Argentina en 2006.

⁴¹ Ratificada por Argentina en 1997.

⁴² En este sentido la jurisprudencia ha señalado la importancia de poner el acento en la naturaleza de la función. En este sentido la Sala III de Cámara Federal de Casación Penal señaló que *“(...) el concepto de funcionario público es mucho más amplio en Derecho Penal que en otras áreas del ordenamiento jurídico, utilizando un criterio que la doctrina moderna señala como objetivo, según el cual lo que interesa es que se desempeñe una función que en su esencia es pública. Es entonces la naturaleza de la actividad y no su ligamen con la Administración lo que, entre otros aspectos, caracteriza al funcionario público”* (Ver en especial las resoluciones de esta Sala N° 103-F de las 10:30 hrs. del 2 de junio de 1989, y 104-F de las 9:15 hrs. del 27 de abril de 1990 donde se analizó exhaustivamente dicho concepto).

En similar orientación a Sala IV afirmó que *“a los efectos de la aplicación del derecho penal, los conceptos de funcionario y empleado público se encuentran determinados por el ejercicio de funciones de carácter público, circunstancia ésta que se constituye en la clave para atribuir esa calidad al agente”* (Causa n° 16300, Marín Martín, David Enrique s/recurso de casación, del 7/06/13).

En los casos de tortura, homicidios u otras figuras que puedan constituir trato cruel o degradante este dominio de la situación es crítico y debe prestársele particular atención. Las pruebas pueden ser ocultadas o destruidas, además de que las víctimas y los testigos, que tienen su vida bajo el estricto control de los posibles victimarios, pueden ser extorsionadas o intimidadas⁴³.

Es cierto que las obstaculizaciones de la investigación descritas en los párrafos precedentes son susceptibles de ser perseguidas penalmente bajo el tipo penal de encubrimiento que el anteproyecto tipifica en el art. 279⁴⁴. Sin embargo, tal como lo expresamos en el documento enviado a la Comisión redactora, nos parece conveniente que en razón de la posición especial en la que se encuentran estos funcionarios frente al hecho, se establezca un tipo penal específico que contemple la prohibición y el castigo de estas conductas.

La razón por la que entendemos que es necesario agregar una figura de este tipo es que se deben generar las condiciones e incentivos para que se quiebren los pactos corporativos que permiten garantizar la impunidad en este tipo de hechos. De este modo, más allá de muchas otras medidas que resultan necesarias para cambiar la cultura institucional de los lugares de encierro, y sin pretender exagerar los posibles resultados de una estrategia penal, entendemos que puede ser positivo dar mensajes a la burocracia penitenciaria, policial o judicial sobre los costos de sumarse a los pactos de silencio o maniobras de encubrimiento. Puede ser una estrategia posible sumar esfuerzos en desarmar estos entramados institucionales para contrarrestar las dificultades propias de la investigación de los hechos concretos de tortura o malos tratos. De este modo, se estará sumando a las medidas que el Estado argentino debe implementar para cumplir con su obligación de investigar y sancionar estas graves violaciones de derechos humanos.

Una forma posible de contemplar esta especial situación sería la incorporación de un tipo penal especial de encubrimiento. Esto puede acarrear el problema de la exigibilidad de la acreditación del delito que se encubre. En los casos de tortura y malos tratos cometidos en el encierro, justamente por el contexto en el que se dan, se cuenta en general con muy poca prueba que los permita acreditar. De elegir este camino, la acreditación del hecho que se encubre se volverá muy dificultosa, lo que en los hechos, tornará inaplicable el tipo penal.

Una alternativa es la creación de un nuevo tipo penal que abarque las conductas tendientes a entorpecer la investigación de este tipo de hechos o cualquier hecho cometido en lugares de encierro. Y, en este sentido, consideramos que una posible definición puede consistir en penalizar a *"el funcionario público que fraguare, sustraer, alterar, ocultar, destruir o inutilizar en todo o en parte registros, documentos o elementos destinados a ser objeto de prueba en una investigación"*

⁴³ Véase "Luchar contra la tortura. Manual para jueces y fiscales", del Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Essex, 2003.

⁴⁴ ARTÍCULO 279° "Encubrimiento: 1. Será reprimido con prisión de SEIS (6) meses a TRES (3) años, el que, no habiendo tomado parte en un delito: a) Ayudare a alguien a eludir las investigaciones de la autoridad o a sustraerse a la acción de ésta. b) Ocultare, alterare o hiciere desaparecer los rastros, pruebas o instrumentos del delito, o ayudare al autor o participe a ocultarlos, alterarlos o hacerlos desaparecer. c) Adquiriere, recibiere u ocultare dinero, cosas o efectos provenientes de un delito. d) Asegurare o ayudare al autor o participe a asegurar el provecho del delito. 2. La pena será de prisión de UNO (1) a CINCO (5) años cuando: a) El hecho se refiriere a un delito cuya pena mínima fuere de tres (3) o más años de prisión. b) El autor actuare con ánimo de lucro. c) El autor se dedicare con habitualidad a la comisión de hechos de encubrimiento. 3. Estarán exentos de pena por los delitos previstos en este artículo, los que hubieren obrado para favorecer a un ascendiente, descendiente o hermano, o a su cónyuge, conviviente estable, amigo íntimo o persona a la que debiere especial gratitud, cuando no lo hubiere hecho con ánimo de lucro. La exención no rige respecto de los casos del apartado d) del inciso 1°. 4. Además, se impondrá inhabilitación de TRES (3) a DIEZ (10) años: a) Al funcionario público que cometiere el encubrimiento en ejercicio u ocasión de sus funciones. b) Al que lo cometiere en el ejercicio de una profesión u oficio que requirieren habilitación especial. 5. Las disposiciones de este Capítulo regirán aun cuando el delito encubierto hubiere sido cometido fuera del ámbito de aplicación especial de este Código, siempre que también fuere punible en el lugar de su comisión. 6. Se aplicará la pena del delito encubierto cuando ésta fuere menor que la prevista en este artículo. Si la pena del delito encubierto fuere de multa, se impondrán de CINCO (5) a DIEZ (10) días de multa".

judicial o administrativa por la comisión de delitos o faltas que hayan tenido por resultado la afectación del derecho a la vida, la integridad física y/o la libertad de las personas detenidas."

5. La interrupción del servicio: corte de ruta

La Comisión redactora propuso un nuevo artículo que fusiona el actual artículo 194 con el 197. De este modo en el artículo 190 el anteproyecto propone regular la interrupción de servicio de la siguiente manera:

"Artículo 190 "1. El que, sin crear una situación de peligro común, impidiere o interrumpiere el normal funcionamiento de los transportes por tierra, agua o aire, los servicios públicos de comunicación telefónica, radiofónica o electrónica, de provisión de agua, de electricidad o de sustancias energéticas, o resistiere con violencia su restablecimiento, será reprimido con prisión de SEIS (6) meses a DOS (2) años. 2. En caso de impedimento o interrupción de servicios de transporte por tierra, agua o aire, el delito sólo se configurará mediante desobediencia a la pertinente intimación judicial".

Si bien observamos algunas modificaciones en relación a los verbos típicos, entendemos que la figura que se propone no logra ser superadora de la que rige actualmente.

Tampoco podemos dejar de señalar que el tipo penal que se propone incorpora como uno de los servicios públicos los radiofónicos, cuando en verdad no lo son. La ley 26.522, que regula los Servicios de Comunicación Audiovisual en todo el ámbito territorial del país⁴⁵, los define como de interés público⁴⁶. En consecuencia, entendemos que no resulta acertada la inclusión de los servicios radiofónicos en una figura que pretende regular servicios públicos.

Hecha esta primera aclaración, corresponde señalar que el tipo penal que se propone, al igual que el que rige actualmente, no delimita con suficiente grado de precisión la conducta prohibida penalmente. No tanto por los verbos típicos utilizados sino más bien por la consecuencia que esas conductas deben generar, esto es la situación de un peligro "no común". De acuerdo al texto legal, no cualquier impedimento o interrupción del transporte es subsumible en el delito que analizamos, sino solo aquel que no cree una situación de peligro común.

Como consecuencia de ello, al aplicarse esta figura suele ampliarse el ámbito de punición a conductas que si bien formalmente pueden ser típicas, no crean peligro alguno. De este modo, la figura no solo tiene defectos en cuanto a su taxatividad sino que una interpretación meramente formal resultará violatoria del principio de lesividad, ya que se aplica a situaciones que no generan ningún perjuicio ni peligro de perjuicio a terceros.

La práctica ha demostrado que se suele aplicar esta figura delictiva a distintas conductas como el corte de calles o rutas en contextos de manifestación o protesta. Y esto tiene un fuerte impacto en

⁴⁵ Sancionada: Octubre 10 de 2009.

⁴⁶ Ver al respecto el artículo 2º establece "Carácter y alcances de la definición. La actividad realizada por los servicios de comunicación audiovisual se considera una actividad de interés público, de carácter fundamental para el desarrollo sociocultural de la población por el que se exterioriza el derecho humano inalienable de expresar, recibir, difundir e investigar informaciones, ideas y opiniones. La explotación de los servicios de comunicación audiovisual podrá ser efectuada por prestadores de gestión estatal, de gestión privada con fines de lucro y de gestión privada sin fines de lucro, los que deberán tener capacidad de operar y tener acceso equitativo a todas las plataformas de transmisión disponibles".

la vigencia de derechos fundamentales como el de peticionar a las autoridades, de reunión, asociación o de libertad de expresión.

Tal como ya hemos señalado en oportunidad de acercar nuestro documento a la Comisión, los derechos de reunión y de peticionar a las autoridades tienen como objetivo central la difusión de ideas y opiniones así como la manifestación de críticas a los gobernantes⁴⁷. No existe duda que la libertad de expresión y pensamiento desempeña una función crucial y central en este tema.

Es decir que cualquier acto del poder legislativo que castigue hechos que constituyen el legítimo ejercicio de estos derechos desconoce la naturaleza democrática de las actividades de protesta. Y, en este sentido, hemos destacado que para analizar la validez constitucional de la intervención estatal en este tipo de ámbitos es indispensable considerar el contenido expresivo de la protesta social⁴⁸.

Al respecto, cabe recordar que el Relator para la Libertad de Expresión ha afirmado que:

“El amedrentamiento a la expresión a través de la imposición de penas privativas de la libertad para las personas que utilizan el medio de expresión antes mencionado [demostraciones en la vía pública], tiene un efecto disuasivo sobre aquellos sectores de la sociedad que expresan sus puntos de vista o sus críticas a la gestión de gobierno como forma de incidencia en los procesos de decisiones y políticas estatales que los afecta directamente”⁴⁹.

Durante los últimos años hemos podido comprobar que el delito contemplado actualmente en el artículo 194 del CP, ha sido una de las herramientas utilizadas para criminalizar la protesta social cuando existe una interrupción de la vía pública. **La aplicación jurisprudencial muestra que es fundamental que el legislador aclare los términos de este tipo penal a efectos de que su contenido no pueda ser utilizado para criminalizar a aquellas personas o grupos que pretendan ejercer un derecho constitucional.**

Esta experiencia nos permite hacerles llegar la sugerencia de que esta nueva descripción del tipo penal **contenga expresamente la mención a la “creación de un peligro concreto y verificable” para la configuración del delito.** A nuestro modo de ver, para brindar mayores certezas sobre el campo de aplicación del tipo penal, una mejor descripción sería la siguiente: *“El que creare una situación de peligro al estorbar, entorpecer o impedir la seguridad del transporte terrestre, por agua o aire o los servicios públicos de comunicaciones, de provisión de agua, de electricidad o de sustancias energéticas...”* De este modo, solo resultarían atrapadas aquellas conductas que causaren un peligro concreto al bien jurídico que se intenta proteger.

La actual propuesta agrega en el apartado 2 del artículo 190 que **“... el delito sólo se configurará mediante desobediencia a la pertinente intimación judicial.”** Entendemos que esta mención intenta limitar la aplicación del tipo penal a aquellas situaciones de conflicto que son previamente judicializadas y evitar la intervención policial de oficio. Sin embargo, este agregado no resuelve la problemática aplicación de esta figura que han hecho los propios tribunales y que, a nuestro juicio, se vería mejor resuelta acotando su aplicación a casos en los que exista un peligro concreto para el bien jurídico.

⁴⁷ Corte Europea de Derechos Humanos, Case of Stankov and the United Macedonian Organisation Ilinden v. Bulgaria, Judgment of 2 October 2001; Freedom and Democracy Party (OZDEP) v. Turkey.

⁴⁸ Ver al respecto, Informe Anual, del Relator Especial para la Libertad de Expresión 2002, capítulo IV –Libertad de Expresión y Pobreza-, párr. 34.

⁴⁹ Ver, Informe Anual, del Relator Especial para la Libertad de Expresión 2002, capítulo IV –Libertad de Expresión y Pobreza-, párr. 35, in fine.

6. Sobre el delito de usurpación

En relación al delito de despojo, alternación y turbación previsto en el artículo 159 del anteproyecto —ubicado dentro del capítulo XI relativo a la usurpación— observamos que no contiene reformas sustanciales con relación al actualmente vigente.

Observamos que bajo la pretensión de responder al interés social de proteger la propiedad privada, con esta figura —al igual que con la que rige actualmente— se continuará sancionando a aquellas personas que no tienen una vivienda adecuada, o están sin techo o viven en barrios informales. En igual sentido, consideramos que tal cual está propuesta la redacción de esta figura penal, se utilizará para expulsar a pueblos indígenas y/o comunidades campesinas de las tierras en las que tradicionalmente habitan, y desarrollan su modo de vida, cultura y producción.

La experiencia ha mostrado que generalmente esta figura es aplicada por los distintos operadores judiciales de forma contradictoria con el marco internacional que garantiza el derecho a la vivienda, a la tierra y al territorio de pueblos indígenas, comunidades campesinas y grupos de personas que se encuentran en situación de extrema vulnerabilidad social.

Cabe resaltar que la Relatora Especial de Naciones Unidas sobre una vivienda adecuada, durante su visita a la Argentina en abril del 2011, señaló que *“no existe un instrumento jurídico a nivel nacional que incorpore los estándares internacionales en esta materia”*⁵⁰. En el mismo sentido se pronunció el Relator Especial de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, el cual, como resultado de su visita al país en diciembre de 2011, expresó que *“la mayoría de los tribunales provinciales desconocen o no consideran debidamente la legislación nacional e internacional sobre pueblos indígenas”*⁵¹.

De este modo, el derecho penal se convierte en una herramienta para responder a problemáticas y conflictos sociales, profundizando su selectividad⁵². Para citar un ejemplo, traemos a colación una investigación que el CELS junto con la Red Agroforestal Chaco Argentino (REDAF) está realizando en el norte del país sobre el rol del poder judicial en conflictos territoriales que afectan campesinos e indígenas. En el marco de esa investigación se ha podido observar que el delito de usurpación es usado por agentes privados y funcionarios estatales para expulsar integrantes de estas poblaciones que ejercen pacífica e históricamente la posesión de tierras, las cuales son pretendidas para la agroindustria.

A raíz de ello nos preguntamos si el derecho penal es realmente necesario, pertinente, razonable y susceptible de brindar una solución adecuada para este tipo de situaciones, o si por el contrario, la creación de tipos penales de estas características constituyen, ante el fracaso de las políticas

⁵⁰ Informe de la Relatora Especial sobre una vivienda adecuada como elemento integrante del derecho a un nivel de vida adecuado, y sobre el derecho a la no discriminación en este contexto, Raquel Rolnik. Adición: misión a Argentina, 21 de diciembre de 2011, A/HRC/19/53/add.1, párr. 18.

⁵¹ Informe del Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas, A/HRC/21/XX/Add.Y. julio de 2012, párr. 53.

⁵² Se ha dicho al respecto que en el delito de usurpación es aún más patente que “[q]uienes son sometidos a procesos penales y generalmente quedan en la cárcel son siempre las personas pobres. El derecho penal, con su terrorífico arsenal de instrumentos de control social, recae sobre los más débiles. No porque ellos cometan más delitos lo que cada día queda demostrado con mayor holgura, sino porque la práctica del sistema penal está orientada a castigarlos y dejar impunes a los otros sectores, aunque estos causen daños más graves”. Al respecto, ver, Binder, Alberto, “De las repúblicas aéreas al Estado de Derecho”, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2004, p. 497, citado en, Zayat, Demián y Victoria Ricciardi, “El derecho a la defensa en los casos de usurpación en la ciudad de Buenos Aires. Un estudio empírico”, texto multicopiado, p. 7.

públicas y las respuestas del derecho civil y su par administrativo, una administrativización del derecho penal, contraria, por ende, al principio de ultima ratio⁵³.

¿Cómo opera el tipo frente a pueblos indígenas?

Si bien realizamos en otro documento un mayor análisis de la reforma en relación con la cuestión indígena⁵⁴, nos detenemos acá en la afectación del delito de usurpación en los derechos de estos pueblos, especialmente, su derecho al territorio.

Este derecho, a pesar de estar garantizado en la Constitución Nacional, diversos tratados internacionales de derechos humanos⁵⁵ y la normativa nacional⁵⁶, es continuamente vulnerado por la aplicación del delito de usurpación. A pesar de que la CIDH ha establecido que *“la relación especial entre los pueblos indígenas y tribales y sus territorios significa que el uso y goce de la tierra y de sus recursos son componentes integrales de [su] supervivencia física y cultural”*⁵⁷, y la Corte IDH ha señalado que para estos *“la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras”*⁵⁸, el poder judicial utiliza esta figura penal para judicializar comunidades y líderes que buscan el ejercicio de dicho derecho, aún cuando no exista un reconocimiento formal de su territorio.

Por ejemplo, el Juzgado de Instrucción y Correccional N° 2 de Clorinda, Formosa, dictaminó que la posesión tradicional del territorio de la comunidad indígena *“Potae Napocna Navogoh”* (La Primavera) debía ser abarcada por el delito de usurpación. Según el juez, *“(…) los argumentos vertidos en su indagatoria por Félix Díaz, en cuanto a sus posibles derechos sobre las tierras ocupadas por la familia Celias, no resultan suficientes para autorizarlo e ingresar en un campo del que no es poseedor...”*⁵⁹.

Es cierto también que existen algunas interpretaciones judiciales que receptan el derecho al territorio y limitan la aplicación de este tipo penal, a partir de las cuales se logró el sobreseimiento de integrantes de pueblos indígenas⁶⁰. Sin embargo, entendemos que el ejercicio de este derecho debe ser mejor garantizado mediante una reforma que impida interpretaciones incompatibles con los estándares constitucionales y del derecho internacional de los derechos humanos mencionados.

¿Cómo opera este tipo penal frente a campesinos y campesinas?

El delito de usurpación también afecta gravemente a las comunidades campesinas. Tal y como se establece en los fundamentos del proyecto de ley que declara la emergencia en materia de posesión

⁵³ Molina, Alejandro C. El “delito” de usurpación de inmuebles. En, http://www.catedrahendler.org/doctrina_in.php?id=153

⁵⁴ Este documento es firmado por el CELS en compañía del Observatorio de Derechos Humanos de Pueblos Indígenas (ODHPI), la Asociación de Abogados/as de Derecho Indígena (AADI), la Fundación ANDHES y el Grupo de Apoyo Jurídico por el Acceso a la Tierra (GAJAT).

⁵⁵ En especial, la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, y Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales.

⁵⁶ Entre ellas, la Ley 26.160 de emergencia de la posesión y propiedad comunitaria de las tierras indígenas

⁵⁷ CIDH, Los derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. OEA/Ser.L/V/II. 30 de diciembre de 2009, párr. 55. También ver, CIDH, Informe No. 40/04, Caso 12.053, Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo (Belice), 12 de octubre de 2004, párr. 114.

⁵⁸ Corte IDH, Sentencia “Awas Tingni”, 31 de agosto de 2001, párr. 149.

⁵⁹ Resolución 31/2013 dictada el 5 de abril de 2013 por el Juzgado de Instrucción y Correccional n° 2, Clorinda, Formosa, a cargo del Dr. Santos Gabriel Garzón, causa n° 672/2011, “Félix Díaz s/usurpación”.

⁶⁰ Expte. N S.4-10-224, Juzgado de Instrucción N° 2, Sec. 4, San Carlos de Bariloche a cargo del Dr. Martín Lozada, resolución del 6 de septiembre de 2011.

y propiedad de tierras ocupadas por pequeños productores agropecuarios⁶¹, los desalojos de campesinos y campesinas se incrementaron notablemente desde la década de los 90, especialmente, por la falta de una política efectiva en materia de regularización dominial y ordenamiento territorial. Lo anterior fue constatado por la Relatora Especial para el Derecho a una Vivienda Adecuada, quien, en su visita a la Argentina durante 2011, señaló que *“los casos de desalojo en medio rural afectan comunidades indígenas y campesinas y estarían en gran medida relacionados con la falta de titulación de territorios indígenas y con conflictos relacionados con la explotación de los recursos naturales en áreas indígenas y campesinas”*⁶².

Muchos de estos desalojos, realizados bajo el amparo de este tipo penal, producen notables efectos negativos en los campesinos y campesinas, pues tienen que establecerse en lugares mucho más precarios, carentes de servicios públicos y con condiciones adversas para el cultivo de sus productos agrícolas, lo que se traduce en violaciones a derechos como la vivienda digna y la alimentación. Al respecto, el Consejo de Derechos Humanos aprobó recientemente una resolución que da cuenta de la dificultad de campesinos y campesinas para acceder a la tierra, lo que genera una grave situación de inseguridad alimentaria. Según el Consejo, los Estados deben desarrollar políticas de apoyo que estimulen su modelo tradicional de economía como *“elemento esencial para (...) la efectividad del derecho a la alimentación”*⁶³.

A su vez, en tanto la concepción de la propiedad privada que ilumina el tipo penal de usurpación es contraria a la idiosincrasia con la que ejercen las comunidades campesinas la posesión (comunitaria), estos se encuentran en una posición desventajosa cuando enfrentan este tipo de causas judiciales. Esto se agrava por los tiempos, las exigencias probatorias y los costos económicos que estos procesos conllevan, extremos que benefician usualmente a la parte mejor posicionada⁶⁴. Recientemente, en la provincia de Mendoza el Primer Juzgado en lo Civil, Comercial y Minas de la Segunda Circunscripción Judicial desestimó las pretensiones de posesión de una comunidad campesina que la ejerce de forma comunitaria, por considerar que era imposible que este derecho de propiedad fuera colectivo, planteando que la única forma de ejercerla era individualmente.

¿Cómo opera el tipo frente a personas con déficit habitacional en contextos urbanos?

El delito de usurpación también afecta negativamente a comunidades urbanas cuyo derecho a la vivienda adecuada -consagrado en el artículo 14 bis de la Constitución Nacional y distintos instrumentos internacionales de protección⁶⁵- no es garantizado de manera efectiva.

⁶¹ Proyecto de ley que *“declara emergencia en materia de posesión y propiedad de tierras ocupadas por pequeños productores agropecuarios, por el término de 5 años (cinco); creación del programa de regularización dominial para pequeños productores agropecuarios”*. Firmantes: Edgardo Fernando Depetri y otros.

⁶² Informe de la Relatora Especial sobre una vivienda adecuada como elemento integrante del derecho a un nivel de vida adecuado, y sobre el derecho a la no discriminación en este contexto, *ibídem*, párr. 44.

⁶³ Consejo de Derechos Humanos, Resolución A/HCR/RES/22/9, 9 de abril de 2013, párr. 17.

⁶⁴ Para un mayor análisis, ver, Barbeta, Pablo, *“En los bordes de los jurídicos. Conflictos por la tenencia legal de la tierra en Santiago del Estero”*, Tesis para optar al grado de Doctor de la Universidad de Buenos Aires, marzo de 2009, mimeo, en <http://www.ger-gemsa.org.ar/files/Tesis/barbeta-tesis%20doctorado.pdf>.

⁶⁵ Entre otros instrumentos internacionales que rigen la materia, podemos mencionar la Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 25); la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (artículo 5); la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (artículo 14.h); la Convención de los Derechos del Niño (artículo 27.3); la Declaración Americana sobre Derechos y Deberes del Hombre (artículo XI); la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 26) y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante, PIDESC) (art. 11).

Estos grupos se encuentran en permanente riesgo de ser criminalizados. Ya sea aquellos que habitan inmuebles abandonados, como quienes viven en asentamientos informales que carecen de regularización dominial y que en su mayoría se consolidaron a partir de delimitaciones populares sobre terrenos abandonados o anegados públicos o privados. Sobre esta situación, la Relatora Especial sobre derecho a la vivienda recomendó “que las autoridades competentes promuevan la regularización integral (a través de un proceso de urbanización y regularización administrativa y dominial y de plazos más breves de prescripción adquisitiva del dominio para fines de vivienda social) integrando definitivamente estos asentamientos en las ciudades y pueblos, así como ofreciendo alternativas respetuosas de los estándares internacionales en materia de derecho a una vivienda adecuada para los habitantes de los asentamientos que se decidiera no regularizar”⁶⁶.

Perseguir penalmente las conductas de personas que no encuentran otra alternativa para resolver su necesidad habitacional, no es compatible con las obligaciones asumidas. En particular, destacamos que el Estado:

- (i) no debería adoptar medidas de carácter deliberadamente regresivo en cuestiones habitacionales, promoviendo desalojos arbitrarios o impulsando recortes o limitaciones en sus políticas;
- (ii) establecer prioridad de acceso o protección a los grupos más vulnerables y a los que tengan necesidades más urgentes; y
- (iii) garantizar, incluso en situaciones de crisis, al menos el contenido mínimo del derecho a la vivienda, sobre todo para aquellas personas y colectivos que carezcan de un techo de manera absoluta⁶⁷.

Es decir, es deber del Estado, no solo garantizar que estas personas regularicen integralmente su situación habitacional sino identificar los mecanismos que obstruyen el cumplimiento de estas obligaciones en materia de vivienda. Entre ellos, la aplicación a estos supuestos del delito de usurpación.

Propuesta

Tomando como partida el contexto señalado en los párrafos anteriores, la reforma al tipo penal de usurpación debe superar estos inconvenientes que lo hacen contrario a estándares internacionales.

Primero, es necesario **reducir los modos de configuración del delito**, pues, el tipo penal que se propone mantiene una amplitud idéntica al actual vigente cuya consecuencia es que las acciones de personas o colectivos que pretenden ejercer o pelear por su derecho a la vivienda, a la tierra o al territorio (aún en forma pacífica), terminan siendo perseguidos penalmente. De este modo, la cuestión se sigue resolviendo desde el derecho penal y no desde la política social.

Nuestra propuesta busca reducir los supuestos que pueden configurar este delito, a actos de violencia o amenaza, que son las conductas que pueden merecer un reproche penal. En este sentido, proponemos que se eliminen del tipo penal los modos de despojo producidos por abuso de confianza, clandestinidad y engaños, los cuales pueden ser atendidos desde la normativa civil.

⁶⁶ Ver, Informe de la Relatora Especial sobre una vivienda adecuada como elemento integrante del derecho a un nivel de vida adecuado, y sobre el derecho a la no discriminación en este contexto, Op. Cit., recomendación 66.

⁶⁷ Pisarello, Gerardo, “Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para su reconstrucción”, Trotta, Barcelona, España, 2007, pp. 117-118.

Como segundo punto, entendemos que la inclusión de un enfoque de derechos en la reformulación de la política criminal implica dar cuenta de los contextos propios de las personas que, eventualmente, serán objeto de intervención penal. Es así que **si se define expresamente la finalidad del acto, se permite restringir el uso del poder punitivo a situaciones que no están relacionadas con la exigibilidad de un derecho constitucional sino que buscan otro tipo de provecho.**

Tercero, en todo caso, **el uso del derecho penal para garantizar derechos de propiedad debería estar restringido a actos que afecten directamente el uso y disfrute efectivo del bien por parte del sujeto pasivo.** Esto implica que el tipo no debería incluir como objeto de protección el *“ejercicio de un derecho real constituido sobre él [inmueble]”*, ya que, en este caso, la víctima no sufre una agresión directa que le impide ejercer su derecho humano a la vivienda o territorio, sino que queda inmersa en un conflicto sobre derechos patrimoniales que pueden ser resueltos de una manera menos traumática desde la jurisdicción civil.

Y, cuarto, la redefinición del tipo de usurpación debería acompañarse con una reformulación del artículo 56, numeral 4, inciso C que se propone en el anteproyecto de código, que excluya como medida cautelar el reintegro del bien inmueble hasta tanto no haya una sentencia firme, cuando se trate de personas en situación de extrema vulnerabilidad social.

Por todo lo expresado, nos permitimos sugerir una fórmula de reforma de este tipo penal que pueda dar cuenta de las cuestiones desarrolladas: *“Usurpación. Será reprimido con prisión de seis meses a tres años el que con violencia o amenazas, y con el propósito de obtener para sí o para un tercero provecho ilícito o comercial, despojare a otro, total o parcialmente, de la posesión o tenencia de un inmueble, sea que el despojo se produzca invadiéndolo, manteniéndose en él o expulsando a los ocupantes”*.

7. Sobre las cuestiones vinculadas al consumo y tráfico de estupefacientes

La actual ley 23.737 contempla penas de prisión tanto para aquellos que se encuentran en el vértice de grandes y complejas organizaciones criminales dedicadas al tráfico de estupefacientes como para aquellos que son detectados fumando o portando cigarrillos de marihuana para consumo personal.

Como se sabe, la amplitud de la ley que rige actualmente permite que las agencias policiales posean un gran margen de autonomía para decidir qué delitos perseguir y en qué momento intensificar o disminuir la persecución. Las detenciones de pequeños consumidores o de vendedores de estupefacientes encuadradas en acciones de prevención policial constituyen casi la mitad de las detenciones por infracción a la ley 23.737⁶⁸. Por su parte, las detenciones en flagrancia son un tercio del total de las detenciones. La sumatoria entre las detenciones en flagrancia y las producidas por prevención policial nos permite afirmar que gran parte de las detenciones se producen sin orden

⁶⁸ Según datos de la Dirección Nacional de Gestión de la Información Criminal del Ministerio de Seguridad de la Nación de los años 2010-2013. En su gran mayoría estas detenciones suceden en la Ciudad de Buenos Aires.

judicial y sin que medie una investigación previa que permita desbaratar las grandes redes de producción, transporte y venta de estupefacientes⁶⁹.

La actual regulación en materia de estupefacientes ha sido históricamente una herramienta utilizada para justificar arbitrariedades policiales y judiciales, al mismo tiempo que satura los sistemas penitenciarios sobrepoblados. Por estas razones celebramos el tratamiento de la Comisión con relación a la **tenencia para consumo**. La propuesta del artículo 202° del anteproyecto representa un significativo avance en tanto propone desincriminar la tenencia de estupefacientes para consumo personal, en consonancia con la decisión de la Corte Suprema en el fallo "Arriola"⁷⁰. Esta iniciativa que intenta plasmar esta línea jurisprudencial, permitirá reducir los niveles de arbitrariedad policial.

En cuanto al **cultivo para consumo** el anteproyecto en el artículo 199, inciso a) propone desincriminar la siembra y la cosecha de plantas y semillas utilizables para producir estupefacientes cuando sea hecha para consumo personal. Si bien seguirá quedando a criterio de los jueces en cada caso concreto determinar cuándo una siembra de plantas está hecha para consumo personal y cuando no, esta reforma se encuentra en sintonía con el estándar fijado por la CSJN y coincide con las recomendaciones oportunamente realizadas por el CELS ante la Comisión redactora⁷¹.

Otro aspecto positivo que merece ser destacado es la propuesta de eliminar las medidas de seguridad previstas para los consumidores de drogas, abandonando la tesis de que todo consumidor es un adicto que debe ser rehabilitado compulsivamente para pasar a un nuevo sistema coherente con la Ley nacional 26.657 de Salud Mental.

Dicho esto, sin embargo, observamos que la forma de regular este conjunto de temas puede ser mejorada en algunos puntos. El anteproyecto propone tipificar el transporte y el suministro de estupefacientes cuando no sea hecho para consumo personal. Esto significa que siguen abarcadas conductas como las desplegadas por las mulas o el llamado "microtráfico". Al respecto, resulta pertinente recordar nuestra propuesta respecto de la necesidad de reducir las penas para estos supuestos o regular una eximición cuando se trate de actores menores de la cadena del tráfico⁷². Si bien el anteproyecto en la Parte General, en su art 18, inc 2°, propone atenuantes al referirse a "las circunstancias personales, económicas, sociales y culturales que limiten el ámbito de autodeterminación, en especial la miseria o la dificultad para ganarse el sustento propio necesario y el de los suyos", no debe perderse de vista que siempre quedará supeditado a la discrecionalidad de los operadores judiciales su aplicación y por ende el riesgo de que este grupo altamente vulnerable no tenga ningún tratamiento que los diferencie del resto.

8. El delito de espionaje ilegal: propuesta de un nuevo tipo penal

⁶⁹ CELS, Ministerio Público de la Defensa, Procuración Penitenciaria de la Nación "Mujeres en prisión: los alcances del castigo", 1° ed. Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2011.

⁷⁰ CSJN "Arriola, Sebastián y otros s/ causa n°9080", rta. 25 agosto de 2009. En este caso la Corte Suprema considero inconstitucional el artículo 14 de la ley 23.737 que pena la tenencia de estupefacientes para consumo personal e insta a los legisladores a adaptar las normas vigentes a la protección de este derecho.

⁷¹ Cabe recordar que en el documento elaborado por el CELS se sostuvo que el cultivo doméstico y las iniciativas reguladas de asociaciones de cultivadores de cannabis pueden ser una manera efectiva de evitar la cadena de tráfico y delito, criterio que se ha impuesto recientemente en la legislación de la República Oriental del Uruguay.

⁷² El CELS destacó en el caso de las mulas generalmente se encuentran en una difícil situación económica y son reclutadas por las organizaciones criminales para que transporten dentro de su cuerpo o de sus ropas pequeñas cantidades de droga a través de las fronteras nacionales y se explicó que la culpabilidad de estas personas suele estar disminuida por la situación de vulnerabilidad económica en la que se encuentran y por el escaso grado de autodeterminación que poseen.

Si bien oportunamente el CELS acercó a la Comisión encargada de elaborar el anteproyecto un documento que contenía la propuesta de un nuevo delito, más específicamente el espionaje ilegal, hemos observado que el anteproyecto no lo contempla. En consecuencia, reiteramos la importancia de establecer una figura específica destinada a sancionar hechos de espionaje ilegal.

En primer lugar, es importante tener presente que durante los últimos años se han conocido varios hechos de espionaje ilegal que no han podido tener un correlato en una figura penal que recepte estas maniobras y fije con mayor especificidad su contenido disvalioso. Por el contrario, se suele aplicar la figura de violación de deberes de funcionario público como tipo penal residual, cuando en rigor una conducta de estas características debería ser castigada con mayor severidad, tomando como base la gravedad del hecho.

Nos referimos puntualmente al caso de espionaje ilegal en la provincia de Córdoba⁷³. En el marco de esa investigación se constató la existencia de una aceitada red de inteligencia que operaba infiltrándose en los despachos de los jueces en los que tramitaban esas causas y que los imputados realizaban seguimiento a políticos cordobeses, varios gremialistas, comunicadores y académicos de la Universidad Nacional de Córdoba. Pese a ello, los doce condenados fueron finalmente sobreseídos por la Cámara de Casación, al entender que la acción penal estaba prescripta.

Otro caso es el ocurrido en la Base Naval Almirante Zar en Chubut. En este segundo caso se constató que integrantes de la Armada realizaban actividades de inteligencia interior estrictamente prohibidas por las leyes de Defensa, Seguridad e Inteligencia Nacional. En esta causa se condenó a trece de los catorce marinos imputados por el delito de violación de deberes de funcionario público, con penas que oscilaron entre los seis meses y un año y medio de prisión⁷⁴. También se dispuso la inhabilitación especial para que se desempeñen como empleados o funcionarios públicos en cualquier tarea de inteligencia y se les impuso la obligación de realizar un curso de cincuenta horas sobre derechos humanos o desarrollen una actividad no remunerada en una institución de bien público.

Otro de los conocidos casos es el de la “GNA sobre organizaciones sociales”. La investigación se originó a finales del año 2011 para investigar tareas de inteligencia ilegal efectuadas por personal de Gendarmería Nacional⁷⁵ sobre organizaciones sociales, políticas y gremiales. Y que luego esa información había sido utilizada en expedientes judiciales contra esos militantes o activistas.

A fin de transmitir la necesidad de que se establezcan nuevas figuras penales que sancionen estas acciones reproducimos algunos de los argumentos oportunamente abordados por el CELS al momento de realizar el primer documento aportado a la Comisión en julio de 2013.

El marco normativo de las tareas de inteligencia

El 13 de abril de 1988 el Congreso Nacional sancionó la ley 23.554 de Defensa Nacional. Esta ley estableció la separación entre las tareas de defensa nacional y seguridad interior. Y refiriéndose específicamente a las actividades de inteligencia, en el artículo 15 dispuso que,

⁷³ Este hecho salió a la luz por las denuncias de testigos e integrantes de organismos de derechos humanos que señalaban que durante los años 1999 y 2001, personal militar realizó tareas de espionaje para la Central de Reunión de Información (CRI) del Ejército, que funcionaba en el Destacamento 141 de Córdoba.

⁷⁴ Esta absolución fue recurrida por la querrela y aún no se resolvió. Actualmente la causa se encuentra en trámite ante la Cámara Federal de Casación Penal por los recursos interpuestos.

⁷⁵ Juzgado Criminal y Correccional Federal Nro. 7 de la Capital Federal.

“[l]a producción de inteligencia en el nivel estratégico militar estará a cargo del organismo de inteligencia que se integrará con los organismos de inteligencia de las Fuerzas Armadas y que dependerá en forma directa e inmediata del ministro de Defensa. **Las cuestiones relativas a la política interna del país no podrán constituir en ningún caso hipótesis de trabajo de organismos de inteligencia militares**” (lo destacado es propio).

En la ley 24.059 de Seguridad Interior de 1992 se establecieron las *“bases jurídicas, orgánicas y funcionales del sistema de planificación, coordinación, control y apoyo del esfuerzo nacional de policía tendiente a garantizar la seguridad interior”*. Esta ley prohíbe enfáticamente la participación de las Fuerzas Armadas en cuestiones de seguridad interior y establece la competencia exclusiva de las fuerzas policiales, Gendarmería Nacional y Prefectura Naval en ese ámbito (art. 7, incs. 6º y 7º). Estos parámetros institucionales fueron ratificados a comienzos de diciembre de 2001 con la promulgación de la ley 25.520 de Inteligencia Nacional que estableció las bases jurídicas, orgánicas y funcionales del Sistema de Inteligencia de la Nación.

Así, la ley 25.520 en el artículo 2 inciso 1 define a la inteligencia como:

“[l]a actividad consistente en la obtención, reunión, sistematización y análisis de la información específica referida a los hechos, amenazas, riesgos y conflictos que afecten a la seguridad exterior e interior de la Nación.”

Luego, la ley de Inteligencia Nacional estableció en su artículo 4, inciso 2 la prohibición de *“[o]btener información, producir inteligencia o almacenar datos sobre personas, por el solo hecho de su raza, fe religiosa, acciones privadas, u opinión política, o de adhesión o pertenencia a organizaciones partidarias, sociales, sindicales, comunitarias, cooperativas, asistenciales, culturales o laborales, así como por la actividad lícita que desarrollen en cualquier esfera de acción”*.

Como se puede apreciar, la ley prohíbe la obtención de información, producción de inteligencia, o almacenamiento de datos sobre personas respecto del ejercicio de sus acciones privadas evidenciando la imposibilidad de injerencia del Estado en el ejercicio libre de derechos constitucionalmente reconocidos (art. 19 CN). En este sentido, la ley de inteligencia impide la recopilación de información o producción de inteligencia motivada en la opinión política de las personas. Este es el marco normativo que regula nuestro sistema de inteligencia nacional y el que rige para cualquier organismo de inteligencia. Es decir, este paquete normativo define los lineamientos, alcances y competencias estrictas de cada organismo para la realización de tareas de inteligencia. Fuera de ellas, se trata de tareas de inteligencia prohibida.

Por supuesto que esta normativa interna debe, a su vez, ser interpretada a la luz del derecho internacional de los derechos humanos. En este sentido, por ejemplo, el artículo 19.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que establece que *“Nadie podrá ser molestado a causa de sus opiniones.”*. Y el artículo 13 inc. 1 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos dispone *“Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión...”*. Ambas disposiciones garantizan a las personas la posibilidad de opinar y expresarse libremente como así también libertad de pertenecer a organizaciones políticas, sociales, sindicales, comunitarias, cooperativas, asistenciales, culturales o laborales sin ningún tipo de interferencia del Estado. Cualquier restricción ilegítima de estos derechos implicaría una violación a derechos fundamentales reconocidos internacionalmente.

Necesidad de incorporar el delito autónomo de espionaje ilegal

Pese a la existencia de normativas que regulan las tareas de inteligencia producto de un gran consenso político y social alcanzado en los años de transición democrática, nuestro Código Penal no contiene ninguna figura dirigida a sancionar las acciones de espionaje ilegal.

Como dijimos, ante la ausencia de tipos penales que prohíban y sancionen hechos de estas características, las investigaciones penales que se inician a raíz de tareas de inteligencia prohibidas, suelen encaminarse hacia la comprobación del delito de incumplimiento de los deberes de funcionario público previsto en el artículo 248.

La propuesta de la Comisión en relación al delito de violación de los deberes de funcionario público mantiene prácticamente la misma redacción que el actual 248 con unas mínimas modificaciones. Actualmente el delito de violación de los deberes de funcionario público tiene una pena de **un mes a dos años** e inhabilitación especial por doble tiempo. La nueva redacción eleva la pena de **seis meses a tres años**⁷⁶. Sin embargo, entendemos que esta figura y escala penal que podrían resultar adecuadas para sancionar violaciones individuales de deberes que usualmente cometen los funcionarios públicos, resultan insuficientes para reflejar el sentido social de una conducta que implica una intromisión prohibida del Estado en la vida privada de las personas.

No debe perderse de vista que los hechos que se suelen encuadrar en esta figura penal muchas veces coinciden con la metodología para la clasificación de información utilizada a través del fichaje de personas y entidades en épocas de facto. Por ello, entendemos que este tipo de conductas merecen una sanción coherente y proporcional a la gravedad que tienen.

En este sentido, consideramos que un adecuado tratamiento sería incorporar una figura delictiva de espionaje ilegal para aquellos funcionarios o empleados públicos que realicen acciones de inteligencia prohibidas por las leyes 25.520, 24.059 y 23.554.

Por otra parte, sería pertinente la regulación de un tipo penal autónomo que sancione al funcionario que omitiere evitar la comisión del delito de espionaje. Al igual que lo que sucede con los delitos de vejaciones, apremios ilegales, severidades y tortura, los casos en donde el funcionario toma conocimiento de tareas de espionaje ilegal llevadas a cabo por otros funcionarios o particulares bajo su órbita, por su posición de garante incurrirá en una conducta delictiva que es la de omitir intervenir para interrumpir el curso causal que permite la consumación y continuidad del delito de espionaje.

Se trata de una obligación legal inherente a su cargo, de garantizar la correcta actuación de sus subordinados respecto de los cuales tiene el poder de mando. Estas instituciones, por definición, restringen enfáticamente la libre iniciativa o libre albedrío de sus integrantes, fundamentalmente de quienes forman parte de los eslabones inferiores de la cadena de mando.

Teniendo en cuenta que tanto las Fuerzas Armadas como de Seguridad son instituciones de estructura jerárquica, que funcionan en base a los conceptos de subordinación y disciplina, resulta esencial un tipo penal destinado a evitar que autoridades involucradas puedan deslindarse de responsabilidad respecto de las tareas de inteligencia ilícita que lleven adelante sus subalternos,

⁷⁶ ARTÍCULO 254° del anteproyecto establece: Violación de deberes: 1. Será reprimido con prisión de SEIS (6) meses a TRES (3) años, el funcionario público que dictare resoluciones u órdenes contrarias a las constituciones o leyes nacionales o provinciales, o ejecutare las órdenes o resoluciones de esta clase existentes, o no ejecutare las leyes cuyo cumplimiento le incumbiere. 2. La misma pena se impondrá al funcionario público que maliciosamente omitiere, rehusare hacer o retardare algún acto de su oficio.

como se ha intentado hacer en los casos señalados, en virtud de las obligaciones de control y supervisión que tienen a su cargo.

Lo que se pretende en este punto es que se elabore una figura penal similar a la prevista actualmente en el Código Penal en el art. 143 quarter⁷⁷, que alcanza al funcionario que omitiere evitar la comisión del delito de tortura.

Agravante para el delito de espionaje en razón de la calidad del autor

Consideramos que las figuras penales nuevas deberían agravar las conductas de quienes impartan o retransmitan órdenes o directivas para llevar a cabo acciones de inteligencia prohibidas. Nos referimos a aquellas autoridades con capacidad funcional o políticas, y con competencia para ordenar este tipo de prácticas.

La actuación de una fuerza altamente verticalizada exige sin dudas un sistema de mandos ágil y confiable. Esto se logra a través de deberes de obediencia que circunscriben el ámbito de discreción del subordinado, y potencian las capacidades de acción de los mandos. Lo cierto es que quien en su calidad de autoridad dentro de alguna fuerza imparta directivas por vías formales o informales para que se realicen tareas de inteligencia, a nuestro juicio debería ser alcanzado con una pena superior al resto.

Todas las figuras propuestas deberían contemplar la pena de inhabilitación especial perpetua para desempeñarse en cargos públicos.

III. PALABRAS DE CIERRE

En virtud de las consideraciones expuestas, y tal como hemos resaltado a lo largo de este documento, entendemos que la reforma representa una oportunidad para racionalizar la normativa penal que fue objeto de múltiples reformas, muy regresivas en la mayoría de los casos y para adecuar la legislación penal a los estándares internacionales asumidos por el Estado argentino.

Esperamos que al momento de estudiar, analizar y revisar el cuerpo normativo propuesto, se tomen en consideración las observaciones aquí desarrolladas.

Sin otro particular, saludamos a usted atentamente,

⁷⁷ Art. 144 quarter. "1º. Se impondrá prisión de tres a diez años al funcionario que omitiese evitar la comisión de alguno de los hechos del artículo anterior, cuando tuviese competencia para ello...."