

**MAESTRÍA EN TEORÍA CONSTITUCIONAL
Y DERECHOS HUMANOS**

**LAS OBLIGACIONES DEL ESTADO ARGENTINO DE
PENALIZAR CONDUCTAS A PARTIR DE LOS TRATADOS
INTERNACIONALES**

Tesis Final Año 2022

Gonzalo Javier Molina

Autor

Dr. Nelson Marcionni

Director



ÍNDICE

CAPÍTULO 1 OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN. ACLARACIONES PREVIAS

1.1.	Introducción	11
1.2.	Las fuentes del derecho internacional	13
1.2.a.	Distinción entre Derecho Penal Internacional y Derecho Internacional Penal	13
1.2.b.	Crímenes y delitos internacionales	14
1.2.c.	El Derecho Internacional convencional y consuetudinario	16
1.3.	Identificación de los Instrumentos internacionales a considerar	17

CAPÍTULO 2 ANÁLISIS PARTICULAR DE LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES

2.1.	Convención Interamericana Contra la Corrupción	22
2.1.1.	Introducción. Objetivos de la Convención.	22
2.1.2.	Obligaciones de criminalizar conductas. Regla general.	22
2.1.3.	Delitos previstos por la Convención. Cotejo con el código penal argentino	23
2.1.3.a.	Cohecho pasivo	24
2.1.3.b.	Cohecho activo	25
2.1.3.c.	Peculado	26
2.1.3.d.	Encubrimiento y concusión	27
2.1.3.e.	La participación, tentativa y asociación ilícita en la comisión estos delitos	29
2.1.3.f.	El soborno transnacional	31
2.1.3.g.	Enriquecimiento ilícito	32
2.1.3.g.i.	Posibilidad de derogarse la figura de enriquecimiento ilícito	34
2.1.4.	Desarrollo progresivo: obligación de considerar la tipificación de ciertas conductas	35
2.1.4.a.	Utilización lucrativa de informaciones reservadas	36



2.1.4.b.	Conducta no prevista como delito en el derecho interno	37
2.1.4.c.	Tráfico de influencias	38
2.1.4.d.	Peculado	39
2.1.5.	Conclusiones respecto de la Convención Interamericana Contra la Corrupción	40
2.2.	Convención Interamericana Contra el Terrorismo	41
2.2.1.	Introducción. Objetivos de la Convención	41
2.2.2.	Obligaciones de criminalizar conductas. Regla general	42
2.2.2.a	¿Obligación de tipificar delitos?	42
2.2.2.b.	Medidas cautelares en relación a estos delitos	45
2.2.2.c.	Disposiciones aclaratorias respecto a la jurisdicción de los hechos vinculados	46
2.2.3.	Conclusiones en relación a la Convención Interamericana Contra el Terrorismo	47
2.3.	Convenio para la Represión del Apoderamiento Ilícito de Aeronaves	48
2.3.1.	Introducción. Objetivos del Convenio	48
2.3.2.	Delitos previstos en el Convenio	49
2.3.3.	Los delitos en el código penal argentino	49
2.3.4.	Conclusiones sobre el Convenio para la Represión del Apoderamiento Ilícito de Aeronaves	50
2.4.	Convenio para la Represión de Actos Ilícitos contra la Seguridad de la Aviación Civil	50
2.4.1.	Introducción. Objetivos del Convenio	50
2.4.2.	Obligación de tipificar delitos	50
2.4.3.	Las conductas previstas en el código penal argentino	51
2.4.4.	Conclusiones en relación al Convenio para la Represión de Actos Ilícitos contra la Seguridad de la Aviación Civil	52
2.5.	Convenio para la Represión de Actos Ilícitos contra la Seguridad de la Navegación Marítima	52
2.5.1	Introducción. Objetivos del convenio	52
2.5.2.	Obligación de crear conductas delictivas	53
2.5.3.	Los delitos en el código penal argentino	54
2.5.4	Conclusiones en relación al Convenio para la Represión de Actos Ilícitos contra la Seguridad de la Navegación Marítima	55
2.6.	Protocolo para la Represión de Actos Ilícitos contra la Seguridad de las Plataformas Fijas Emplazadas en la Plataforma Continental	55
2.6.1.	Introducción. Objetivos del protocolo	55
2.6.2.	Normas que obligan a los Estados Partes a crear delitos	55
2.6.3.	Las normas del código penal argentino	57
2.6.4.	Conclusiones en relación al Protocolo para la Represión de Actos Ilícitos contra la Seguridad de las Plataformas Fijas Emplazadas en la Plataforma Continental	58
2.7.	Protocolo para la Represión de Actos Ilícitos de Violencia en los Aeropuertos que	



	Prestan Servicios a la Aviación Civil Internacional	58
2.7.1.	Introducción. Objetivos del protocolo	58
2.7.2.	Obligación de crear figuras penales	58
2.7.3.	Conclusiones respecto al Protocolo para la Represión de Actos Ilícitos de Violencia en los Aeropuertos que Prestan Servicios a la Aviación Civil Internacional	59
2.8.	Convención sobre la Prevención y el Castigo de Delitos contra Personas Internacionalmente Protegidas, inclusive los Agentes Diplomáticos	59
2.8.1.	Introducción. Objetivos de la Convención	59
2.8.2.	Obligaciones de criminalizar conductas. Regla general	60
2.8.3.	Conclusiones respecto a la Convención Sobre la Prevención y Castigo de Delitos Contra Personas Internacionalmente Protegidas, Inclusive los Agentes Diplomáticos	62
2.9.	Convención Internacional Contra la Toma de Rehenes	62
2.9.1.	Introducción. Objetivos de la Convención	62
2.9.2.	Obligación de criminalizar conductas	63
2.9.3.	Las conductas en el código penal argentino	63
2.10.	Convención sobre la Protección Física de los Materiales Nucleares	64
2.10.1.	Introducción. Objetivos de la Convención	64
2.10.2.	Obligación de tipificar conductas	65
2.10.3.	Las previsiones en el código penal argentino	67
2.10.4.	Conclusiones respecto a la Convención sobre la Protección Física de los Materiales Nucleares y su Enmienda	69
2.11.	Convenio Internacional para la Represión de los Atentados Terroristas cometidos con bombas	69
2.11.1.	Introducción. Objetivos del convenio	69
2.11.2.	Disposiciones que obligan a penalizar	69
2.11.3.	Código penal argentino	71
2.11.4.	Conclusiones respecto al Convenio Internacional para la Represión de los Atentados Terroristas Cometidos con Bombas	72
2.12.	Convención Interamericana Contra la Fabricación y el Tráfico Ilícito de Armas de Fuego, Municiones, Explosivos y otros Materiales Relacionados	72
2.12.1.	Introducción. Objetivos de la Convención	72
2.12.2.	Normas que obligan a crear delitos en los Estados Partes	72
2.12.3.	Las normas del código penal argentino vinculadas a esta convención	73
2.12.4.	Conclusiones en relación a la Convención Interamericana Contra la Fabricación y el Tráfico Ilícito de Armas de Fuego, Municiones, Explosivos y otros Materiales Relacionados	77
2.13.	Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo	78
2.13.1.	Introducción. Objetivos de la Convención	78



2.13.2.	Disposiciones que obligan a criminalizar	78
2.13.3.	Disposiciones relacionadas en el código penal argentino	80
2.13.4.	Conclusiones respecto del Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo	82
2.14.	Convención Internacional contra la Delincuencia Organizada Transnacional	82
2.14.1.	Introducción. Objetivos de la Convención	82
2.14.2.	Obligaciones de criminalizar impuestas por la convención	83
2.14.3.	Las disposiciones del código penal argentino en relación a estas conductas delictivas	87
2.14.3.a.	La obligación que surge del art. 5° de la Convención: participación en un grupo delictivo organizado	87
2.14.3.b.	Los delitos del art. 6° de la Convención: El blanqueo del producto del delito	89
2.14.3.c.	Los delitos del art. 8° de la Convención: actos de corrupción	92
2.14.3.d.	Los delitos previstos en el art. 23 de la Convención: falso testimonio u obstrucción de la justicia	95
2.14.3.d.i.	Delitos del art. 23.a	95
2.14.3.d.ii.	Delitos del art. 23.b	97
2.14.4.	Conclusiones en relación a la Convención Internacional Contra la Delincuencia Organizada Transnacional	98
2.15.	Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas Especialmente Mujeres y Niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional	98
2.15.1.	Introducción. Objetivos del Protocolo	98
2.15.2.	Normas de la Convención que obligan a penalizar	99
2.15.3.	Normas del código penal argentino vinculadas a la materia	100
2.15.4.	Conclusiones en relación al Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas especialmente Mujeres y Niños	102
2.16.	Convenio para la Represión de la Trata de Personas y de la Explotación de la Prostitución Ajena	102
2.16.1.	Introducción. Objetivos del convenio	102
2.16.2.	Normas del convenio que obligan a penalizar	102
2.16.3.	Normas del derecho interno vinculadas a la materia	104
2.16.4.	Conclusiones respecto del Convenio para la Represión de la Trata de Personas y de la Explotación de la Prostitución Ajena	106
2.16.5.	¿Sería posible una reforma legal que exija como requisito de estos delitos, la falta de consentimiento de la víctima?	107
2.17.	Protocolo Relativo a la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de los Niños en la Pornografía	107



2.17.1.	Introducción. Objetivos del Protocolo	107
2.17.2.	Obligación de tipificar conductas en el Protocolo	108
2.17.3.	Las reglas del código penal argentino en relación a las conductas que señala el Protocolo	111
2.17.3.a.	Los delitos del art. 3.1.a	111
2.17.3.b.	Los delitos del art. 3.1.b	114
2.17.3.c.	Los delitos del art. 3.1.c	115
2.17.3.d.	Delitos o formas delictivas del art. 3.2 del protocolo	116
2.17.3.e.	La responsabilidad de las personas jurídicas en estos delitos	116
2.17.4.	Conclusiones en relación al Protocolo Relativo a la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de los Niños en la Pornografía	117
2.18.	Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño Relativo a la Participación de Niños en los Conflictos armados	117
2.18.1.	Introducción. Objetivos del protocolo	117
2.18.2.	Las disposiciones del protocolo que obligan a criminalizar conductas	118
2.18.3.	Las conductas en el sistema penal argentino	119
2.18.4.	Conclusiones sobre el Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño Relativo a la Participación de Niños en los Conflictos Armados	119
2.19.	Protocolo Contra el Tráfico ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire	119
2.19.1.	Introducción. Objetivos del protocolo	119
2.19.2.	Normas del protocolo que obligan a penalizar	120
2.19.3.	Normas del sistema penal argentino que prevén estos delitos	122
2.19.4.	Conclusiones en relación al Protocolo Contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire	124
2.20.	Acuerdo Contra el Tráfico Ilícito de Migrantes entre los Estados Partes del Mercosur, la República de Bolivia y la República de Chile	124
2.20.1.	Introducción. Objetivos del Acuerdo	124
2.20.2.	Normas que obligan a penalizar	124
2.20.3.	Normas del sistema penal argentino que prevén estos delitos	126
2.20.4.	Conclusiones en relación al Acuerdo Contra el Tráfico Ilícito de Migrantes entre los Estados Partes del Mercosur, la República de Bolivia y la República de Chile	126
2.21.	Convención Suplementaria sobre la Abolición de la Esclavitud, la Trata de Esclavos y las Instituciones y Prácticas Análogas a la Esclavitud	127
2.21.1.	Introducción. Objetivos de la Convención	127
2.21.2.	Normas que obligan a los Estados Partes a criminalizar conductas	127
2.21.3.	Normas del código penal argentino vinculadas a la materia	129
2.21.4.	Conclusiones respecto de la Convención Suplementaria sobre la Abolición de la	



	Esclavitud, la Trata de Esclavos y las Instituciones y Prácticas Análogas a la Esclavitud	130
2.22.	Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio	130
2.22.1.	Introducción. Objetivos de la Convención	130
2.22.2.	Disposiciones que obligan a criminalizar	130
2.22.3.	Disposiciones del código penal argentino vinculadas a las conductas descriptas por la Convención	131
2.22.4.	Conclusiones respecto de la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio	133
2.23.	Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura	133
2.23.1.	Introducción	133
2.23.2.	Las normas de la Convención en función del objeto del presente trabajo	134
2.23.3.	La obligación de penalizar	136
2.23.3.a.	El tipo penal de torturas (art. 144 <i>ter</i> del C.P.)	138
2.23.3.a.i.	La Corte Interamericana y su interpretación de la tortura	139
2.23.3.b.	Los tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes	140
2.23.3.c.	Ampliación de la punición a los inductores, omitentes y cómplices	141
2.23.3.d.	La inadmisibilidad de eximente de obediencia debida	143
2.23.3.e.	La jurisdicción penal del Estado argentino impuesta por la Convención	144
2.23.4.	Conclusiones respecto a la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura	147
2.24.	Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes	148
2.24.1.	Introducción. Objetivos de la Convención	148
2.24.2.	Normas que obligan a criminalizar	148
2.24.3.	Las normas en el código penal argentino	149
2.24.4.	La obligación impuesta por la Convención en relación a otros Tratos Cruelles, Inhumanos o Degradantes	152
2.24.5.	La ampliación de la jurisdicción penal de los Estados Parte	154
2.24.6.	Conclusiones en relación a la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes	155
2.25.	Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de Lesa Humanidad	155
2.25.1.	Introducción. Objetivos de la Convención	156
2.25.2.	Disposiciones que obligan a criminalizar	156
2.25.3.	Disposiciones del derecho interno vinculadas a la temática de la prescripción	156
2.25.4.	Conclusiones en relación a la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad	157



2.26.	Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas	157
2.26.1.	Introducción	157
2.26.2.	Las normas de la Convención en función del objeto del presente trabajo	158
2.26.3.	La obligación de penalizar	160
2.26.3.a.	El tipo penal de Desaparición forzada de personas	162
2.26.3.b.	Ampliación de la punición a los cómplices y encubridores, y a los casos de tentativa	162
2.26.3.c.	La consideración del delito como continuado o permanente	163
2.26.3.d.	La inadmisibilidad de eximente de obediencia debida	163
2.26.3.e.	La jurisdicción penal del Estado argentino impuesta por la Convención	165
2.26.3.f.	La regla especial de imprescriptibilidad del delito	166
2.26.4.	Conclusiones respecto de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas	168
2.27.	Convención internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas	169
2.27.1.	Introducción. Objetivos de la Convención	169
2.27.2.	Normas de la Convención que obligan al Estado a criminalizar conductas	169
2.27.3.	Normas del código penal argentino vinculadas a la normativa de la Convención	172
2.27.3.a.	El tipo penal de desaparición forzada de personas. La pena	173
2.27.3.b.	Ampliación de la punición a los cómplices y encubridores, y a los casos de tentativa. Especial referencia a los casos de comisión por omisión	173
2.27.3.c.	La consideración del delito como continuado o permanente	174
2.27.3.d.	La inadmisibilidad de eximente de obediencia debida	175
2.27.3.e.	La jurisdicción penal del Estado argentino impuesta por la Convención	175
2.27.3.f.	La regla especial de prescripción del delito	176
2.27.3.g.	Las agravantes y atenuantes mencionadas en la Convención	177
2.27.4.	Conclusiones respecto a la Convención internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas	178
2.28.	Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial	178
2.28.1.	Introducción. Objetivos de la Convención	178
2.28.2.	Normas de la convención que obligan a criminalizar conductas	179
2.28.3.	Las normas del sistema penal argentino vinculadas a la materia	180
2.28.4.	Conclusiones en relación a la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial	181
2.29.	Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer	181
2.29.1.	Introducción. Objetivos de la Convención	181



2.29.2.	Disposiciones de la convención que obligan a criminalizar	181
2.29.3.	Las normas en el sistema penal argentino	182
2.29.4.	Conclusiones en relación a la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer	183
2.30.	Convención Interamericana Para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer. “Convención de Belem Do Para”	183
2.30.1.	Introducción	183
2.30.2.	Las normas de la Convención en función del objeto del presente trabajo	184
2.30.3.	La obligación de penalizar	184
2.30.3.a.	Las reformas al código penal argentino en función de las disposiciones de esta Convención	185
2.30.3.b.	Posibilidades de modificar o derogar las reformas en materia de violencia contra la mujer	188
2.30.4.	Conclusiones respecto de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer	189
2.31.	Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas	190
2.31.1.	Introducción. Objetivos de la Convención	190
2.31.2.	Normas de la convención que obligan a criminalizar conductas	190
2.31.3.	Las normas vinculadas en el sistema penal argentino	195
2.31.4.	Conclusiones en relación a la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas	199
2.32.	El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional	200
2.32.1.	Introducción. Aclaración previa en relación a este instrumento	200
2.32.2.	Normas de la Convención que obligan a criminalizar conductas	201
2.32.2.a.	El Estatuto de Roma no obliga a crear delitos en todos los supuestos, sino solo los que se refieren a la administración de justicia (art. 70.4)	208
2.32.2.b.	El Estatuto de Roma como fuente de obligación (de crear delitos) para los Estados Partes	209
2.32.2.c.	Postura personal en relación al Estatuto de Roma y la obligación de tipificar delitos	210
2.32.3.	La ley 26.200 y el Estatuto de Roma	212
2.32.3.a.	La previsión de los delitos del Estatuto en la legislación interna	212
2.32.3.b.	Disposiciones de la ley referidas a aplicación material e imprescriptibilidad	214
2.32.3.c.	Los delitos contra la Administración de Justicia de la C.P.I.	215
2.32.4.	Conclusiones en relación al Estatuto de Roma	216



CAPÍTULO 3

INSTRUMENTOS INTERNACIONALES QUE NO OBLIGAN A CRIMINALIZAR CONDUCTAS, SOLO IMPONEN LA PROTECCIÓN GENÉRICA

3.1.	Introducción. El ejemplo de la Convención Americana de Derechos Humanos	218
3.2.	La protección de la vida humana (por nacer) en la Constitución Nacional	219
3.3.	La regulación del aborto en la Argentina	220
3.4.	Algunos casos de la jurisprudencia	222
3.5.	El tema de la constitucionalidad del aborto en el sistema europeo de derechos humanos	224
3.6.	La influencia del Derecho internacional de los Derechos Humanos y los movimientos feministas como impulsores del derecho al aborto	226
3.7.	Los derechos constitucionales invocados por el feminismo. La inconstitucionalidad de la punición del aborto	230
3.8.	La protección de la vida no implica obligación de penar	232
3.9.	Conclusiones en relación a la Convención	234
3.10.	La reforma de la ley 27.610 en materia de aborto	234
3.10.a.	Los cambios en el código penal	234
3.10.b.	¿La reforma es contraria a lo dispuesto en la Convención Americana?	236

CAPÍTULO 4

CONCLUSIONES FINALES

4.1.	Recapitulación	238
4.1.1.	Las obligaciones asumidas por el Estado argentino en los tratados internacionales: distintos criterios	238
4.1.1.a.	Tratados que obligan a criminalizar conductas, describiendo el tipo penal	239
4.1.1.b.	Tratados que obligan a criminalizar conductas, sin describir los tipos penales	240
4.1.1.c.	Tratados que obligan a utilizar el sistema penal, pero sin definir delitos determinados	241
4.1.1.d.	Tratados que obligan a los Estados a usar la legislación (general) pero sin hacer referencia a la legislación penal específicamente	242
4.1.1.e.	Normas de Tratados que sugieren (no imponen) ciertas figuras delictivas para la legislación interna de los Estados	244



4.1.1.f.	Tratados que no obligan a criminalizar conductas, usar el derecho penal, ni a modificar la legislación en general	244
4.1.2.	El cumplimiento del Estado argentino de los distintos tratados	245
4.1.2.a.	Tratados cumplidos totalmente	245
4.1.2.b.	Tratados cumplidos en la creación de delitos, pero no en otros aspectos del sistema penal	247
4.1.2.c.	Tratados no cumplidos	248
4.2.	Los delitos obligados no previstos en el derecho interno	249
	Bibliografía	251
	Informes de organismos citados	259



CAPÍTULO 1

OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN. ACLARACIONES PREVIAS

1.1. Introducción

En el ámbito del derecho penal, uno de los primeros temas cuyo estudio se aborda es la relación del Derecho Constitucional e Internacional con el Derecho penal¹.

Como en todas las ramas del ordenamiento jurídico (civil, administrativo, laboral, etc.) el derecho penal —infraconstitucional— debe adecuarse a los lineamientos establecidos en la Constitución Nacional y Tratados Internacionales. Ahora bien, esos lineamientos que fijan el marco de la *constitucionalidad* y *convencionalidad* del derecho penal tienen una doble función como límites del derecho penal.

Por una parte —y es lo que más se ha analizado y sistematizado en la práctica y dogmática del derecho penal— se estudian los límites constitucionales al poder punitivo: las llamadas *garantías constitucionales*. Es decir, las limitaciones que surgen de la Constitución y Tratados para el Estado, en su función de ejercer el poder punitivo: hasta dónde se puede penar. Aquí encontramos las garantías del principio de legalidad, lesividad, culpabilidad, intrascendencia de la pena, mínima intervención, etc.

Pero, por otra parte, y teniendo en cuenta el desarrollo del derecho internacional en los últimos años, y su influencia en el derecho interno de cada Estado, existe también la obligación de los Estados Parte de los distintos instrumentos internacionales, de penalizar ciertas conductas humanas. Esto surge de distintos tratados e instrumentos del Derecho Internacional suscriptos por nuestro país y en virtud de los cuales asumimos la obligación de crear delitos que repriman determinadas conductas. Por ejemplo: La Convención contra la tortura, contra el genocidio, la trata de personas, etc.

¹ Se entiende que el llamado *Bloque de Constitucionalidad* abarca no solamente el texto de la Constitución nacional, sino también los tratados de rango constitucional.



Aunque está claro en el ámbito del derecho penal que existe —en algunos casos particulares— esta obligación de *penalizar* determinadas conductas; sin embargo, no surge con claridad los alcances de cada uno de estos instrumentos en relación a la criminalización de ciertas conductas. En muchos casos, el tratado o instrumento jurídico del derecho internacional implica solamente la obligación de parte de Argentina de proteger un *derecho* o *bien jurídico* determinado, aunque ello no implique —a su vez— la obligación de *crear* o *tener* un delito en el ámbito interno. Además, tampoco está sistematizado u ordenado el conjunto de instrumentos internacionales que implican esa obligación de penalizar.

De modo que, a partir de estos dos interrogantes iniciales se plantea el presente trabajo, tratando de explicar entre otras cosas: (1) ¿cuáles son los tratados o instrumentos del derecho internacional que obligan a la Argentina a crear delitos o le impiden que derogue delitos que ya están previstos en su legislación interna?

En caso de que existan y se identifiquen, entonces, (2) ¿ha cumplido el Estado argentino en todos los casos sus compromisos internacionales en este sentido? Es decir, ¿se ha incluido en el código penal o en leyes penales especiales todos los delitos *impuestos* por el Derecho Internacional convencional en el ámbito del sistema interamericano o del sistema universal?

Además, deberíamos analizar (3) ¿cuáles son los criterios para decidir si un tratado establece una protección *general* para cierto bien jurídico, o si establece la obligación de *penalizar*?². Por último, un dato importante a considerar sería: (4) ¿qué diferencia habría en el hecho de que ciertas obligaciones de penalizar surjan de un tratado de rango constitucional o de un tratado de rango inferior a la constitución, pero por encima de las leyes?

El objetivo del presente trabajo, en el afán de sistematizar y analizar los instrumentos del Derecho Internacional convencional en el sistema interamericano y en el sistema universal que obligan a la Argentina a criminalizar conductas, no debe confundirse con el desarrollo del *principio universal* de aplicación de la ley penal, como

² Un ejemplo muy interesante sobre este punto surge del fallo “Fornerón e hija vs. Argentina” de la C.I.D.H. (Sentencia de la C.I.D.H., 27/4/12, especialmente considerandos 137 y siguientes). En este fallo, la Corte Interamericana sostuvo que surge para Argentina la obligación de penalizar la “venta de bebés” ya a partir de haber ratificado la Convención sobre los derechos del niño que en su art. 35 establece una protección genérica de tomar medidas para evitar el secuestro, venta o trata de niños.



derivado también del Derecho Internacional, pero que tiene independencia en relación a los derechos internos de los Estados de la comunidad internacional. De este principio universal surge la obligación asumida internacionalmente de penalizar ciertos delitos considerados *delicta iuris gentium*.

Tema diferente es la obligación de cada Estado de legislar en sus respectivos ordenamientos jurídicos ciertos delitos que son impuestos por los mismos u otros instrumentos del derecho internacional. Precisamente a esos instrumentos nos vamos a avocar para analizar su alcance, hasta dónde obliga al Estado argentino cada uno de ellos, y, además, controlar que existan en el derecho interno los delitos que se indican en esos instrumentos.

Creemos que la principal tarea será delimitar cuáles de esos instrumentos realmente impone la obligación de criminalizar una (o varias) conducta humana determinada y cuáles son simplemente instrumentos que protegen en forma genérica un derecho o valor reconocido en ellos.

Por mencionar un ejemplo: en estos momentos se discute la constitucionalidad de una reforma al código penal (ley 27.610) que despenaliza parcialmente el delito de aborto. Un sector de la doctrina penal-constitucional y una parte de los legisladores que intervinieron en el debate, invocaron el art. 4° de la Convención Americana de los derechos humanos como límite infranqueable para la despenalización. Según esta interpretación, la reforma sería inconstitucional. Analizaremos en particular ese artículo de la mencionada convención, para tratar de desentrañar si realmente implica la obligación para los Estados parte (especialmente Argentina) de crear y/o mantener en su legislación interna determinados delitos. El análisis de esa norma en particular, servirá como ejemplo de otros instrumentos internacionales que, de manera similar, intentan proteger derechos en general.

1.2. Las fuentes del Derecho Internacional

1.2.a. Distinción entre Derecho Penal Internacional y Derecho Internacional Penal

Antes de distinguir las fuentes del derecho internacional, es necesario referirnos a la distinción entre los conceptos de Derecho Penal Internacional y Derecho Internacional Penal que muchas veces se confunden.



En primer lugar, aclaremos que el derecho penal internacional es una parte del derecho penal que regula las relaciones entre Estados referentes a la aplicación de las normas penales a otras personas que residen en otras potencias. Esta parte del derecho regula entonces las normas de jurisdicción de cada Estado, las reglas de extradición y de aplicación extraterritorial de sus normas. En este ámbito, la creación de los delitos y su punibilidad sigue siendo competencia soberana de cada Estado.

El *Derecho Internacional Penal*, en cambio, es parte del Derecho Internacional y como tal, tiene como fuente a los tratados, la costumbre internacional y los principios generales del Derecho Internacional. De estas fuentes surgen los delitos o crímenes internacionales como ejercicio de la potestad penal de la comunidad internacional.

1.2.b. Crímenes y delitos internacionales

A su vez, dentro del Derecho Internacional Penal se distingue entre *crímenes internacionales* y *delitos internacionales*³. Según la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, *el crimen internacional* resultaría de “[...] una violación por un Estado de una obligación internacional tan esencial para los intereses fundamentales de la comunidad internacional que su violación está considerada como crimen por esa comunidad en su conjunto”. La Comisión considera que, según el derecho internacional en vigor, son crímenes internacionales, entre otros: la agresión; el establecimiento o el mantenimiento por la fuerza de una dominación colonial; la esclavitud, el genocidio, el apartheid y la contaminación masiva de la atmósfera o de los mares.

Las obligaciones infringidas por los crímenes internacionales serían obligaciones *erga omnes*, hacia todos los Estados de la comunidad internacional, de manera que cualquiera de ellos podría exigir su cumplimiento⁴.

En cambio, los hechos internacionalmente ilícitos que no tuvieran carácter de crímenes internacionales serían *delitos internacionales*, regidos por las reglas generales

³ Esta clasificación no debe confundirse con la de *crímenes* y *delitos* en el Derecho Penal, tal como la concebían **Von Liszt** y **Mezger** inicialmente en la dogmática penal.

⁴ Cfr. Cerda Acevedo, Carlos Alberto, “Características del Derecho Internacional Penal y su clasificación entre Crimen y simple delito”, *Working Paper* n.º 64, versión digital disponible en [https://bit.ly/2TMy2gM], Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Centro Argentino de Estudios Internacionales, 2007.



sobre responsabilidad internacional. En estos casos, las conductas no importan una lesión o riesgo a intereses fundamentales de la comunidad internacional.

Para un sector de la doctrina, esta clasificación podría implicar una confusión entre la responsabilidad del Estado y la responsabilidad individual de los sujetos⁵. Es por ello, que se propone una distinción entre crimen y delito internacional, desde otra perspectiva, según que la comunidad internacional —como única titular de la potestad punitiva— decida la creación y sanción de una conducta como crimen internacional. En el caso de los *crímenes internacionales*, es la misma comunidad internacional la que decide la tipificación y sanción de la conducta, a través de la vía convencional, indicando expresamente los elementos y la pena.

En cambio, en los casos de *delitos internacionales*, no existe una imposición de la comunidad internacional a los Estados de la creación de una conducta delictiva con todos sus elementos (incluyendo la pena concreta que corresponde). En estos casos, la comunidad internacional, sólo considera que los Estados Parte deben tipificar y concretar su penalización en la legislación interna. En estos casos de simples delitos internacionales, habría una potestad penal cooperativa entre la comunidad internacional y los Estados Parte. Como señala Acevedo:

En resumen, la comunidad internacional tipifica y reprime, tanto abstracta como concretamente, a los ilícitos más graves, mientras que a otros hechos menos graves se conforma con tipificar o meramente describir, reenviando su complementación a la potestad represora de cada Estado, merced a su ley y jurisdicción; y si la comunidad internacional hace distingo entre hechos punibles más o menos graves, es totalmente plausible recurrir a la tradicional clasificación de Liszt y Mezger, ya que también ellos atendieron al mismo criterio diferenciador empleado por el legislador doméstico —gravedad del daño o puesta en peligro del bien jurídico protegido— de manera que no es incorrecto sostener que en el Derecho Internacional Penal cabe la distinción entre el “crimen internacional” y el “simple delito internacional”, en que el primero corresponde a todos los hechos tipificados, sancionados y perseguidos directamente por la comunidad internacional, mientras que el segundo

⁵ En este sentido, Acevedo, ob. cit., p. 27, sosteniendo que se confunde entre *delito internacional* y *responsabilidad internacional*. Por ello aclara el autor que no toda infracción al derecho internacional es un delito internacional, pero sí todo delito internacional es contrario al derecho internacional.



corresponde a todos los hechos ilícitos cuya penalización y persecución queda entregada, en definitiva, a la voluntad del Estado que se obliga.⁶

En resumen, sería *crimen internacional* la conducta que —por su gravedad— es considerada como tal por la comunidad internacional, en ejercicio de su potestad penal, determinando los elementos de tal conducta y su pena concreta. En estos casos, la comunidad internacional (cualquier Estado) podría juzgar directamente el hecho considerado un crimen internacional⁷, no es necesario que los Estados en su legislación interna realicen ninguna adaptación para poder aplicar sanción penal. En cambio, sería *delito internacional*, la conducta que la comunidad internacional considera que cada uno de los Estados debe tipificar en su legislación interna, disponiendo los elementos y pena concreta para poder ejercer el poder punitivo de ese Estado, respetando el principio *no hay crimen sin ley previa*. En estos casos, la comunidad internacional entrega la persecución y penalización de los hechos a la voluntad de los Estados que se obligan.

1.2.c. El Derecho Internacional convencional y consuetudinario

Se consideran fuentes del derecho internacional público, las normas convencionales, pero también las normas consuetudinarias⁸ y los principios generales del derecho. En este trabajo, se considerarán exclusivamente las fuentes derivadas de las normas convencionales (Tratados) que impongan obligaciones a los Estados parte de crear delitos en su legislación interna. El recorte del objeto de análisis, obedece a uno de los objetivos del trabajo: verificar el cumplimiento de las obligaciones convencionales.

⁶ Cfr. Acevedo, Carlos, ob. cit., p. 31.

⁷ Estas conductas estarían previstas en cualquiera de las fuentes directas del derecho internacional: los tratados o la costumbre internacional. En estos casos se habla del *tipo internacional penal*.

⁸ Se cita el art. 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, según el cual, la Corte debe aplicar: “[...] **a. las convenciones internacionales**, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes; **b. la costumbre internacional** como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho”. Cfr. **González Napolitano, Silvina** (coordinadora), *Lecciones de Derecho Internacional Público*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Editorial Erreius, 2015, p. 76. También **Travieso, Juan Antonio**, *Derecho Internacional Público*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Editorial Abeledo-Perrot, 2012, p. 31. Del mismo modo, **Ambos, Kai y Malarino, Exequiel** (editores), *Temas actuales del Derecho Penal Internacional. Contribuciones de América Latina, Alemania y España*, Montevideo, Konrad Adenauer, 2005. Allí Ambos cita el art. 38.1.a del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia para referirse a las convenciones como fuente del derecho público internacional, y el art. 38.1.b y c para referirse al derecho consuetudinario o principios generales del derecho.



El análisis de las fuentes consuetudinarias llevaría un desarrollo y extensión que excedería el marco del presente trabajo.

Es por ello, que analizaremos las normas convencionales que prevén crímenes internacionales (Estatuto de Roma), pero especialmente veremos las que establecen delitos internacionales, lo cual implica la obligación de los Estados parte de adaptar su legislación penal interna para cumplir con esos Tratados.

El objetivo central del trabajo se dirige en primer lugar a distinguir entre los instrumentos internacionales que obligan a crear delitos y los que no implican tal obligación. Por otra parte, a verificar si el Estado argentino, ha cumplido con las obligaciones convencionales por las cuales se obliga a crear delitos en su legislación interna. Por ello, la tesis trata del *Derecho Internacional Penal*, pero también del *Derecho Penal*, a fines de verificar ese cumplimiento de los compromisos internacionales por parte del Estado argentino.

1.3. Identificación de los instrumentos internacionales a considerar

Según lo establecido en la Constitución Nacional, los tratados internacionales de derechos humanos mencionados expresamente en el art. 22, tienen rango constitucional, forman parte de lo que se llama el bloque de constitucionalidad.

En un rango inferior, pero con jerarquía superior a las leyes encontramos los demás tratados⁹. Esto significa que, en cualquier caso, un tratado tendrá jerarquía superior a las leyes, y, por consiguiente, esas leyes deberían adecuarse a lo establecido en los tratados. Entre esas leyes encontramos el código penal o leyes penales especiales. Ellas deberían adaptarse a lo prescripto en los tratados. Si en alguna parte el código penal contradice o no cumple con lo que establece algún tratado o instrumento internacional respecto a la obligación de penalizar ciertas conductas, entonces el Estado argentino podría incurrir en responsabilidad internacional. Y si ese tratado tuviera rango constitucional, esa legislación interna (código penal o leyes especiales) que contradice el tratado, sería inconstitucional.

⁹ Cfr. Bidart Campos, Germán, *Tratado elemental de Derecho Constitucional Argentino (Tomo III. El Derecho Internacional de los derechos humanos y la Reforma Constitucional de 1994)*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, editorial Ediar, 1995, p. 276.



Ahora bien, en caso de que consideremos un tratado que no tenga rango constitucional e imponga al Estado argentino la obligación de criminalizar ciertos actos, ese tratado impone del mismo modo una obligación de ineludible cumplimiento para el Estado en su legislación interna. El orden de prelación de las normas jurídicas establecido por la misma Constitución Nacional (art. 75, inc. 22) impone esta solución, al señalar que los tratados (aunque no tengan rango constitucional) están por encima de las leyes.

Entonces, de comprobarse que un tratado impone la obligación de penalizar (que realmente prevea un delito internacional), debemos verificar que exista en el sistema penal argentino la norma correspondiente que dé cumplimiento a ese tratado. Además, de comprobarse que se ha dado cumplimiento a lo establecido por el tratado, habrá que analizarse en cada caso, la posibilidad de despenalizar esa conducta por motivos de política criminal u otros. Si el Estado cumplió con la obligación de penalizar en su legislación interna una conducta determinada, o ya tenía previsto como delito ese tipo de conductas y luego en algún momento pretende despenalizarla¹⁰, ¿esa modificación sería contraria a la Constitución Nacional o a los tratados? Esas cuestiones deberán ser analizadas en cada caso en particular.

La selección de los instrumentos internacionales a analizar ha intentado ser exhaustiva. Sin embargo, podría ocurrir que exista algún tratado que imponga obligaciones al Estado argentino de criminalizar conductas y por no haberlo advertido, no lo hayamos incluido¹¹.

El análisis del presente se enfocará, entonces, en los siguientes instrumentos internacionales:

1. Convención Interamericana Contra la Corrupción.
2. Convención Interamericana contra el Terrorismo.
3. Convenio para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves
4. Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil.
5. Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima.

¹⁰ Es precisamente lo que ocurre actualmente con la modificación del delito de aborto (art. 85 del C.P.).

¹¹ Uno de los problemas en el estudio de la materia es que, precisamente, no existe un listado en el que se puedan encontrar todos los tratados que establecen disposiciones de este tipo.



6. Protocolo para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de las plataformas fijas emplazadas en la plataforma continental
7. Protocolo para la represión de actos ilícitos de violencia en los aeropuertos que prestan servicios a la aviación civil internacional
8. Convención sobre la prevención y el castigo de delitos contra personas internacionalmente protegidas, inclusive los agentes diplomáticos.
9. Convención Internacional Contra la toma de Rehenes
10. Convención sobre la protección física de los materiales nucleares.
11. Convenio internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas.
12. Convención Interamericana Contra la Fabricación y el Tráfico Ilícito de Armas de Fuego, Municiones, Explosivos y otros Materiales Relacionados.
13. Convenio Internacional para la represión de la financiación del terrorismo.
14. Convención internacional contra la delincuencia organizada transnacional.
15. Protocolo para Prevenir, reprimir y sancionar la Trata de personas especialmente Mujeres y Niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional.
16. Convenio para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena.
17. Protocolo Relativo a la Venta de Niños, la prostitución infantil y la utilización de los niños en la pornografía.
18. Protocolo facultativo de la Convención sobre los derechos del niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados.
19. Protocolo Contra el Tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire.
20. Acuerdo Contra el Tráfico Ilícito de Migrantes entre los Estados Partes del Mercosur, la República de Bolivia y la República de Chile.
21. Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la Trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud.
22. Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio.
23. Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura.
24. Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes.



25. Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de Lesa Humanidad.
26. Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas.
27. Convención internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas.
28. Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial.
29. Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer.
30. Convención Interamericana Para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer. “Convención de Belem Do Para”.
31. Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas (1988).
32. Estatuto de Roma.
33. Convención Americana de Derechos Humanos.

A continuación, pasamos a analizar cada uno de estos instrumentos a fines de verificar el cumplimiento de parte del Estado argentino de las obligaciones de crear (o mantener) delitos en su legislación interna.

El orden de los instrumentos se hará teniendo en cuenta su vinculación temática con los respectivos delitos existentes en el sistema penal, y no su pertenencia al sistema interamericano o al sistema universal. La razón de este ordenamiento es que la tarea principal en este trabajo es verificar si el Estado argentino ha cumplido con esos compromisos internacionales que puede originarse en cualquiera de los dos sistemas. En muchos casos, el Estado está obligado por un tratado del sistema interamericano y del sistema universal en la misma temática (por ejemplo: desaparición forzada de personas).

Y, además, algunos de esos tratados se remiten a muchos otros que no son necesariamente del mismo sistema. Por ejemplo: la Convención interamericana contra el Terrorismo se remite a otros diez instrumentos que no son del sistema interamericano.

Por estos motivos, entendemos que lo más conveniente sería agrupar a los instrumentos de acuerdo al tema que tratan, e ir cotejándolos con la legislación interna



Universidad Nacional del Litoral
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Tesis de Maestría en Teoría Constitucional y Derechos Humanos
Director: Dr. Nelson Marciotti
Alumno: Gonzalo Javier Molina

para verificar lo que más nos interesa en este trabajo: si se han cumplido con las obligaciones de criminalizar conductas señaladas en los instrumentos.



CAPÍTULO 2

ANÁLISIS PARTICULAR DE LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES

2.1. Convención Interamericana Contra la Corrupción

Aprobado por ley 24.759 (publicada en el B.O. del 17/01/1997).

2.1.1. Introducción. Objetivos de la Convención

El 29 de marzo de 1996, en Caracas, Venezuela, los estados miembros de la Organización de Estados Americanos (O.E.A.) adoptaron la Convención Interamericana contra la Corrupción, la cual entró en vigor el 6 de marzo de 1997. La República Argentina depositó el instrumento de ratificación el 09/10/97.

Esta Convención reconoce expresamente la trascendencia internacional de la corrupción y la necesidad de contar con un instrumento que promueva y facilite la cooperación entre los países para combatirla. Los propósitos de esta Convención, según se indica en su art. II, son:

- Promover y fortalecer el desarrollo de los mecanismos necesarios para prevenir, detectar, sancionar y erradicar la corrupción.
- Promover, facilitar y regular la cooperación entre los Estados a fin de asegurar la eficacia de las medidas y acciones para prevenir, detectar, sancionar y erradicar los actos de corrupción en el ejercicio de las funciones públicas y los actos de corrupción específicamente vinculados con tal ejercicio.

2.1.2. Obligaciones de criminalizar conductas. Regla general

La regla general en materia de obligaciones de tipificar conductas surge del art. VII de la Convención que establece:



Artículo VII. *Legislación interna*. Los Estados Partes que aún no lo hayan hecho adoptarán las medidas legislativas o de otro carácter que sean necesarias para tipificar como delitos en su derecho interno los actos de corrupción descritos en el Artículo VI.1. y para facilitar la cooperación entre ellos, en los términos de la presente Convención.

Esta norma expresamente obliga a los Estados —que todavía no lo hayan hecho— a criminalizar las conductas individualizadas en el artículo anterior (art. VI) donde se mencionan los actos considerados *de corrupción*.

No quedan dudas que la regla mencionada del art. VII obliga a tomar las medidas necesarias en el derecho interno para crear delitos, ya que se indica: “Los Estados Partes [...] adoptarán las medidas [...]”.¹²

2.1.3. Delitos previstos por la Convención. Cotejo con el código penal argentino

Las conductas que deben criminalizarse, según el art. VI, serían:

Artículo VI. *Actos de corrupción*:

1. La presente Convención es aplicable a los siguientes actos de corrupción:
 - a. El requerimiento o la aceptación, directa o indirectamente, por un funcionario público o una persona que ejerza funciones públicas, de cualquier objeto de valor pecuniario u otros beneficios como dádivas, favores, promesas o ventajas para sí mismo o para otra persona o entidad a cambio de la realización u omisión de cualquier acto en el ejercicio de sus funciones públicas;
 - b. El ofrecimiento o el otorgamiento, directa o indirectamente, a un funcionario público o a una persona que ejerza funciones públicas, de cualquier objeto de valor pecuniario u otros beneficios como dádivas, favores, promesas o ventajas para ese funcionario público o para otra persona o entidad a cambio de la realización u omisión de cualquier acto en el ejercicio de sus funciones públicas;

¹² Coincidente, Zuppi, Alberto, “La Convención Interamericana contra la corrupción”, en AA. VV., *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Editorial Del Puerto, 1997, p. 643.



Será reprimido con reclusión o prisión de uno a seis años e inhabilitación especial perpetua, el funcionario público que por sí o por persona interpuesta, recibiere dinero o cualquier otra dádiva o aceptare una promesa directa o indirecta, para hacer, retardar o dejar de hacer algo relativo a sus funciones.

Como se puede advertir, el texto del art. 256 del código penal abarca perfectamente la conducta descrita en el artículo mencionado de la Convención, en lo referente a recibir dinero o aceptar una promesa directa, por ello debe considerarse que la conducta está prevista como delito en nuestro sistema interno. Sin embargo, no está prevista en el derecho penal argentino, la modalidad del simple *requerimiento* de parte del funcionario. Esa conducta no está prevista en el artículo ni en ninguna otra parte del código penal argentino.

Además del art. 256, en el art. 257¹³ se prevé una agravante para esa misma conducta para los casos en los que el autor sea un magistrado del poder Judicial o del Ministerio Público¹⁴.

Por ello, el Estado argentino no ha cumplido con la obligación referida exclusivamente a esa modalidad delictiva: el requerimiento de parte del funcionario a una persona, de bienes o alguna dádiva a fines de hacer o no hacer algo relativo a sus funciones.

Veremos nuevamente esta conducta exigida por la convención, en la Convención Internacional Contra la Delincuencia Organizada (2.14 de este capítulo).

2.1.3.b. Cohecho activo

El inc. **1.b** del art. VI de la Convención establece:

El ofrecimiento o el otorgamiento, directa o indirectamente, a un funcionario público o a una persona que ejerza funciones públicas, de cualquier objeto de valor pecuniario u otros beneficios como dádivas, favores, promesas o ventajas

¹³ El art. 257 del C.P. señala: “Será reprimido con prisión o reclusión de cuatro a doce años e inhabilitación especial perpetua, el magistrado del Poder Judicial o del Ministerio Público que por sí o por persona interpuesta, recibiere dinero o cualquier otra dádiva o aceptare una promesa directa o indirecta para emitir, dictar, retardar u omitir dictar una resolución, fallo o dictamen, en asuntos sometidos a su competencia”.

¹⁴ En nuestro sistema constitucional debe entenderse los miembros del Ministerio Público Fiscal y del Ministerio Público de la Defensa.



para ese funcionario público o para otra persona o entidad a cambio de la realización u omisión de cualquier acto en el ejercicio de sus funciones públicas.

En nuestro código penal, la conducta mencionada está prevista en el **art. 258** y es conocida en la doctrina penal como **cohecho activo**. El texto de dicho artículo indica:

Será reprimido con prisión de uno a seis años, el que directa o indirectamente diere u ofreciere dádivas en procura de alguna de las conductas reprimidas por los artículos 256 y 256 *bis*, primer párrafo. Si la dádiva se hiciera u ofreciere con el fin de obtener alguna de las conductas tipificadas en los artículos 256 *bis*, segundo párrafo y 257, la pena será de reclusión o prisión de dos a seis años. Si el culpable fuere funcionario público, sufrirá además inhabilitación especial de dos a seis años en el primer caso y de tres a diez años en el segundo.

Como se puede advertir, el texto del art. 258 del C.P. abarca perfectamente la conducta descrita en el artículo mencionado de la Convención, por ello debe considerarse que la conducta está prevista como delito en nuestro sistema interno.

2.1.3.c. Peculado

El inc. **1.c** del art. VI establece

La realización por parte de un funcionario público o una persona que ejerza funciones públicas de cualquier acto u omisión en el ejercicio de sus funciones, con el fin de obtener ilícitamente beneficios para sí mismo o para un tercero.

En nuestro código penal la conducta podría estar prevista en el art. 261 que prevé la figura de *peculado de bienes* (primer párrafo) y *peculado de servicios* (segundo párrafo).

El texto del **art. 261 del C.P.** indica:

Será reprimido con reclusión o prisión de dos a diez años e inhabilitación absoluta perpetua, el funcionario público que sustrajere caudales o efectos cuya administración, percepción o custodia le haya sido confiada por razón de su cargo.



Será reprimido con la misma pena el funcionario que empleare en provecho propio o de un tercero, trabajos o servicios pagados por una administración pública.

Si bien el texto del art. 261 del C.P. es más amplio, consideramos que la conducta prevista en la Convención, **art. VI.1.c** está incluida en aquél.

2.1.3.d. Encubrimiento y concusión

El **art. VI** de la Convención, en su inc. 1.d establece: “El aprovechamiento doloso u ocultación de bienes provenientes de cualesquiera de los actos a los que se refiere el presente artículo”.

En nuestro código penal la conducta está prevista en los **arts. 268 y 277** que prevén las figuras de *concusión* y *encubrimiento*.

Si el aprovechamiento de los bienes (provenientes de exacciones ilegales) es del propio autor o éste los convierte en provecho de un tercero, entonces se aplica el **art. 268** del C.P. Éste indica: “Será reprimido con prisión de dos a seis años e inhabilitación absoluta perpetua, el funcionario público que convirtiere en provecho propio o de tercero las exacciones expresadas en los artículos anteriores”.

En cambio, si se trata del aprovechamiento de otro delito contra la administración pública, o si se trata del ocultamiento, se aplica el art. 277.

El texto del **art. 277 del C.P.** indica:

1. Será reprimido con prisión de seis meses a tres años el que, tras la comisión de un delito ejecutado por otro, en el que no hubiera participado:
 - a. Ayudare a alguien a eludir las investigaciones de la autoridad o a sustraerse a la acción de ésta.
 - b. Ocultare, alterare o hiciere desaparecer los rastros, pruebas o instrumentos del delito, o ayudare al autor o partícipe a ocultarlos, alterarlos o hacerlos desaparecer.
 - c. Adquiriere, recibiere u ocultare dinero, cosas o efectos provenientes de un delito.



277.3.b, que se refiere al autor que oculte, adquiera o reciba con ánimo de lucro. De manera que los supuestos del art. VI.1.d también estarían previstos en nuestra legislación.

2.1.3.e. La participación, tentativa y asociación ilícita en la comisión estos delitos

El art. VI.1.e de la Convención establece que también será considerado acto de corrupción (y, por lo tanto, debe ser punible): “La participación como autor, coautor, instigador, cómplice, encubridor o en cualquier otra forma en la comisión, tentativa de comisión, asociación o confabulación para la comisión de cualquiera de los actos a los que se refiere el presente artículo”.

Los distintos supuestos de participación criminal y ejecución incompleta de los delitos a los que se refiere el artículo de la Convención, están previstos también en el código penal argentino, en distintas normas que se refieren a cada uno de los casos mencionados.

En primer lugar, cuando se refiere a la participación *como autor, coautor, instigador y cómplice*, hace referencia la Convención a las distintas modalidades de participación criminal.

Los *autores, coautores y partícipes necesarios* están previstos en el art. 45 (primera parte) del C.P., en relación a la figura penal específica que se cometa. El **art. 45 del C.P.** (primera parte) establece: “Los que tomasen parte en la ejecución del hecho o prestasen al autor o autores un auxilio o cooperación sin los cuales no habría podido cometerse, tendrán la pena establecida para el delito”.

Los que toman parte en la ejecución del hecho son los *autores y coautores*. Y los que prestan al autor o autores un auxilio o cooperación sin el cual no se habría podido cometer el hecho, son los *partícipes necesarios*. Todos ellos tienen la misma pena: la pena establecida en cada delito (sin reducción). Si bien los *partícipes necesarios* no están expresamente mencionados en esta primera parte del artículo de la Convención, se puede entender que están comprendidos en la referencia: “[...] en cualquier otra forma en la comisión”.

Luego, en la segunda parte del art. 45 del C.P. están previstos los *instigadores*. El texto del código penal indica: “En la misma pena incurrirán los que hubiesen determinado directamente a otro a cometerlo”.



A continuación, la Convención se refiere a los *encubridores*. El encubrimiento en el sistema penal argentino, es un delito autónomo, y no una forma de participación criminal como sería la participación (primaria o secundaria), o la instigación.

Por ser un delito autónomo, está prevista en la parte especial, en el art. 277 del C.P. que ya vimos. El encubrimiento de los delitos contra la administración pública es punible de manera bastante amplia en distintas modalidades.

Además de las distintas formas de participación que vimos, la Convención prevé también la punición de *la tentativa* de los delitos que menciona. La aclaración es importante ya que pueden existir sistemas penales en los cuales la tentativa no siempre es punible.

En el sistema penal argentino la regla es la punición no solamente para el delito consumado, sino también para la tentativa, aunque la pena en este caso, se disminuye de un tercio a la mitad¹⁵. Esta regla surge de los arts. 42, 43 y 44 del C.P.

Finalmente, la Convención exige la punición también de la *asociación o confabulación para la comisión de cualquiera de los actos* a los que se refiere el art. VI.

En el sistema penal argentino, esto está previsto en el art. 210 que sanciona la asociación ilícita. El texto del art. 210 indica:

Será reprimido con prisión o reclusión de tres a diez años el que tomare parte en una asociación o banda de tres o más personas destinada a cometer delitos por el solo hecho de ser miembro de la asociación. Para los jefes u organizadores de la asociación el mínimo de la pena será de cinco años de prisión o reclusión.

Si bien la norma se refiere a la asociación o banda destinada a cometer cualquier delito, obviamente abarca las asociaciones destinadas a cometer los delitos indicados por el art. VI de la Convención.

De manera que todas las conductas señaladas por el art. VI de la Convención tienen su respectiva previsión en el sistema penal argentino, excepto el delito mencionado en el art. VI.1.a que se refiere al requerimiento de parte del funcionario público (cohecho activo por simple requerimiento).

¹⁵ La regla para la pena de la tentativa disminuida de un tercio a la mitad vale para todos los delitos del sistema penal argentino, excepto para el caso del delito de contrabando, que según la ley 22.415 (art. 872) tiene la misma pena que el delito consumado.



A continuación, veremos las conductas mencionadas en los arts. VIII y IX de la Convención.

2.1.3.f. El soborno transnacional

En el **art. VIII** de la Convención se prevé el delito de soborno transnacional. El texto del artículo indica:

Soborno transnacional. Con sujeción a su Constitución y a los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, cada Estado Parte prohibirá y sancionará el acto de ofrecer u otorgar a un funcionario público de otro Estado, directa o indirectamente, por parte de sus nacionales, personas que tengan residencia habitual en su territorio y empresas domiciliadas en él, cualquier objeto de valor pecuniario u otros beneficios, como dádivas, favores, promesas o ventajas, a cambio de que dicho funcionario realice u omita cualquier acto, en el ejercicio de sus funciones públicas, relacionado con una transacción de naturaleza económica o comercial. Entre aquellos Estados Partes que hayan tipificado el delito de soborno transnacional, éste será considerado un acto de corrupción para los propósitos de esta Convención. Aquel Estado Parte que no haya tipificado el soborno transnacional brindará la asistencia y cooperación previstas en esta Convención, en relación con este delito, en la medida en que sus leyes lo permitan.

El delito está previsto en el código penal argentino en el **art. 258 bis** que establece:

Será reprimido con prisión de uno a seis años e inhabilitación especial perpetua el que, directa o indirectamente, ofreciere, prometiére u otorgare, indebidamente, a un funcionario público de otro Estado o de una organización pública internacional, ya sea en su beneficio o de un tercero, sumas de dinero o cualquier otro objeto de valor pecuniario u otras compensaciones, tales como dádivas, valores, promesas o ventajas a cambio de que dicho funcionario, realice u omita realizar un acto relacionado con el ejercicio de sus funciones públicas, o para que haga valer la influencia derivada de su cargo en un asunto vinculado a una transacción de naturaleza económica, financiera o comercial. Se entenderá por funcionario público de otro Estado, o de cualquier entidad



territorial reconocida por la Nación Argentina, a toda persona que haya sido designada o electa para cumplir una función pública, en cualquiera de sus niveles o divisiones territoriales de gobierno, o en toda clase de organismo, agencia o empresa pública en donde dicho Estado ejerza una influencia directa o indirecta.

El delito originariamente, había sido incorporado al código penal por la ley 25.188 (Ley de Ética Pública) del año 1999. Luego, fue modificado por ley 27.401¹⁶ que introdujo el texto actual. Como puede advertirse, en el art. 258 *bis* del C.P. está previsto el delito tal cual lo exige la Convención en su art. VIII.

2.1.3.g. Enriquecimiento ilícito

La Convención en su art. IX establece el delito de Enriquecimiento ilícito.

Artículo IX: Enriquecimiento ilícito Con sujeción a su Constitución y a los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, los Estados Partes que aún no lo hayan hecho adoptarán las medidas necesarias para tipificar en su legislación como delito, el incremento del patrimonio de un funcionario público con significativo exceso respecto de sus ingresos legítimos durante el ejercicio de sus funciones y que no pueda ser razonablemente justificado por él. Entre aquellos Estados Partes que hayan tipificado el delito de enriquecimiento ilícito, éste será considerado un acto de corrupción para los propósitos de la presente Convención. Aquel Estado Parte que no haya tipificado el enriquecimiento ilícito brindará la asistencia y cooperación previstas en esta Convención, en relación con este delito, en la medida en que sus leyes lo permitan.

El Código Penal argentino en el **art. 268.2** establece:

Será reprimido con prisión de dos a seis años, multa de dos a cinco veces del valor del enriquecimiento, e inhabilitación absoluta perpetua, el que al ser debidamente requerido, no justificare la procedencia de un enriquecimiento patrimonial apreciable suyo o de persona interpuesta para disimularlo, ocurrido

¹⁶ Ley del 01/12/17.



con posterioridad a la asunción de un cargo o empleo público y hasta dos años después de haber cesado en su desempeño.

Se entenderá que hubo enriquecimiento no sólo cuando el patrimonio se hubiese incrementado con dinero, cosas o bienes sino también cuando se hubiesen cancelado deudas o extinguido obligaciones que lo afectaban.

La persona interpuesta para disimular el enriquecimiento será reprimida con la misma pena que el autor del hecho.

Como puede advertirse, el art. 268.2 del C.P. cubre totalmente la conducta señalada en el mencionado artículo de la Convención.

Debemos destacar que el delito de Enriquecimiento Ilícito ha sido cuestionado en nuestro sistema penal, precisamente por ser contradictorio con normas constitucionales. Concretamente se cuestiona que la figura, así como está redactada en el art. 268.2 viola el *principio de legalidad*, de *derecho penal de acto*, de *inocencia* y *prohibición de declarar contra sí mismo*. Todas estas garantías constitucionales están previstas en el art. 18 de la C.N., y en la Convención Americana de Derechos Humanos, y reconocidos por distintos pronunciamientos de la Corte I.D.H.

El problema central de la figura de Enriquecimiento Ilícito es que impone pena a quien omita dar explicaciones satisfactorias de un aumento considerable de su patrimonio durante su desempeño como funcionario público. Esto significa en primer lugar que no describe una conducta humana concreta a la que se considere delictiva. Por otro lado, invierte la carga de la prueba, ya que obliga al imputado a probar que no cometió delito, cuando la regla constitucional siempre impone la carga de la prueba a la acusación. Así también obliga al imputado a declarar contra sí mismo, ya que si no declara (explica) su incremento patrimonial, será sancionado penalmente.

La cuestión fue discutida en doctrina y jurisprudencia, con posiciones diferentes respecto a la adecuación constitucional de la figura¹⁷.

La figura penal del art. 268.2 fue introducida en el código penal argentino por ley 16.648 del año 1964, es decir, mucho tiempo antes de la Convención. Luego, la ley

¹⁷ Pueden verse las argumentaciones en uno y otro sentido en Sancinetti, Marcelo A. y Ferrante, Marcelo, *El delito de enriquecimiento ilícito de funcionario público —art. 268, 2, C.P.—. Un tipo penal violatorio del Estado de Derecho*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Editorial Ad-Hoc, 1994. También en Bruzzone, Gustavo y Gullico, Hernán, *Teoría y Práctica del Delito de Enriquecimiento ilícito de Funcionario Público (Art. 268(2) C.P.)*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, editorial Ad-hoc, 2005.



25.188 modificó la redacción del artículo, aunque los cuestionamientos de constitucionalidad ya se hacían al texto original. En este punto, no hubo modificaciones importantes por parte de la ley 25.188.

2.1.3.g.i. Posibilidad de derogarse la figura de enriquecimiento ilícito

Como ya manifestamos, el Estado argentino ha cumplido¹⁸ con el mandato de la Convención Interamericana contra la Corrupción que en su art. IX le obligaba a penalizar el delito de enriquecimiento ilícito y, además, indicaba los elementos o requisitos de la (supuesta) conducta. Al momento actual, no se puede decir que el Estado Argentino no haya cumplido con la Convención (art. IX).

Sin embargo, deberíamos pensar en la posibilidad de una eventual modificación (derogación) de la figura de enriquecimiento ilícito. Es decir, si el legislador quisiera derogar la figura de enriquecimiento ilícito del art. 268.2 del C.P., ¿podría hacerlo? O, por el contrario, ¿la derogación implicaría un incumplimiento de lo dispuesto por la Convención, y, en consecuencia, sería inconstitucional?

Consideramos muy importante en este punto, tener en cuenta que, por una parte, la Convención Interamericana Contra la Corrupción no tiene rango constitucional —no está incluida en los Tratados del art. 75, inc. 22, de la C.N.— aunque sus disposiciones tengan rango superior a la ley interna, de acuerdo a la misma jerarquía normativa que surge de la Constitución Nacional.

Por otra parte, es necesario considerar que la misma Convención en el art. IX obliga a los Estados a introducir en su legislación interna el delito de enriquecimiento ilícito con una determinada redacción, pero “Con sujeción a su Constitución y a los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico”.

Por estos motivos, creemos que una derogación del art. 268.2 del C.P. sería posible sin que se la considere inconstitucional. Tampoco sería contraria a la Convención contra la Corrupción.

¹⁸ Al momento de la entrada en vigencia de la Convención, Argentina ya tenía el delito en su derecho interno, incluso con una redacción similar (o casi idéntica) al texto de la Convención.



Consideramos que la afectación a las garantías constitucionales¹⁹ es tan evidente en la figura que comentamos²⁰, que no se podría invocar la obligación que surge de la Convención, sobre todo teniendo en cuenta que ella misma impone la obligación de criminalizar sujeta a los principios fundamentales del ordenamiento jurídico y la Constitución.

Vale destacar que los Estados Unidos han hecho una Declaración²¹ que, en lo referente al art. IX implica una incompatibilidad con su Constitución por afectarse los principios fundamentales de su sistema jurídico.

2.1.4. Desarrollo progresivo: obligación de considerar la tipificación de ciertas conductas

A diferencia de los artículos anteriores, en los que la Convención impone como *obligación* a los Estados Partes la tipificación de ciertas conductas como delitos, en el art. XI se genera un compromiso de *considerar* la tipificación de determinadas conductas. Los Estados Partes que no tengan tipificados estos delitos, se obligan a *prestar colaboración y asistencia* en los términos de la Convención a los demás.

El Texto del **art. XI** establece:

Desarrollo progresivo

1. A los fines de impulsar el desarrollo y la armonización de las legislaciones nacionales y la consecución de los objetivos de esta Convención, los Estados Partes estiman conveniente y se obligan a considerar la tipificación en sus legislaciones de las siguientes conductas:
 - a. El aprovechamiento indebido en beneficio propio o de un tercero, por parte de un funcionario público o una persona que ejerce funciones públicas, de cualquier tipo de información reservada o privilegiada de la

¹⁹ Se afectaría el principio de legalidad, de derecho penal de acto, de inocencia, de prohibición de declarar contra sí mismo (*nemo tenetur*). Ver **Sancinetti, Marcelo A. y Ferrante, Marcelo**, ob. cit. En sentido similar, **Marnich, Gabriel**, “Análisis constitucional del artículo 268 (2) del código penal a la luz del caso ‘Alsogaray’”, en *Estudios sobre Jurisprudencia*, 2018, disponible en [<https://bit.ly/3e66muG>].

²⁰ Al menos con la redacción que tiene el texto del código penal argentino (art. 268.2) y el texto de la Convención Interamericana Contra la Corrupción (art. IX).

²¹ “[4] Enriquecimiento ilícito. [...] Sin embargo, el delito de enriquecimiento ilícito, tal y como establece el artículo IX de la Convención, impone la carga de la prueba sobre el demandado, lo cual es incompatible con la Constitución de los Estados Unidos y los principios fundamentales del sistema jurídico de este país. Los Estados Unidos entienden, por lo tanto, que no están obligados a establecer un nuevo delito penal de enriquecimiento ilícito de conformidad con el artículo IX de la Convención”.



- cual ha tenido conocimiento en razón o con ocasión de la función desempeñada.
- b. El uso o aprovechamiento indebido en beneficio propio o de un tercero, por parte de un funcionario público o una persona que ejerce funciones públicas de cualquier tipo de bienes del Estado o de empresas o instituciones en que éste tenga parte, a los cuales ha tenido acceso en razón o con ocasión de la función desempeñada.
 - c. Toda acción u omisión efectuada por cualquier persona que, por sí misma o por persona interpuesta o actuando como intermediaria, procure la adopción, por parte de la autoridad pública, de una decisión en virtud de la cual obtenga ilícitamente para sí o para otra persona, cualquier beneficio o provecho, haya o no detrimento del patrimonio del Estado.
 - d. La desviación ajena a su objeto que, para beneficio propio o de terceros, hagan los funcionarios públicos, de bienes muebles o inmuebles, dinero o valores, pertenecientes al Estado, a un organismo descentralizado o a un particular, que los hubieran percibido por razón de su cargo, en administración, depósito o por otra causa.
2. Entre aquellos Estados Partes que hayan tipificado estos delitos, éstos serán considerados actos de corrupción para los propósitos de la presente Convención.
 3. Aquellos Estados Partes que no hayan tipificado los delitos descritos en este artículo brindarán la asistencia y cooperación previstas en esta Convención en relación con ellos, en la medida en que sus leyes lo permitan.

A los fines del presente trabajo, corresponde en primer lugar, analizar si todas las conductas indicadas en el artículo están previstas en nuestro sistema penal.

2.1.4.a. Utilización lucrativa de informaciones reservadas

La conducta descripta en el art. XI.1.a de la Convención, está prevista en el **art. 268.1 del C.P.** que establece:

Será reprimido con la pena del art. 256, el funcionario público que con fines de lucro utilizare para sí o para un tercero informaciones o datos de carácter reservado de los que haya tomado conocimiento en razón de su cargo.



Se aplicará también multa de dos a cinco veces del monto de la exacción.

Como puede advertirse, el art. 268.1 del C.P. cubre totalmente la conducta señalada en el mencionado artículo de la Convención.

2.1.4.b. Conducta no prevista como delito en el derecho interno

La conducta descrita en el art. XI.1.b de la Convención, no tiene una previsión expresa en nuestro código.²² Se trata del *peculado de uso*, que estaba reconocido en otras legislaciones²³, pero nunca en el código penal argentino. Si bien se parece a muchas de las que sí existen, no encuadra exactamente con las que ya están previstas.

Por una parte, se parece al peculado de bienes y al peculado de servicios. El peculado de bienes implica que el autor (funcionario público) se apodera —e ingresa a su patrimonio— de ciertos bienes que pertenecían a la administración. En el caso del art. XI.1.b se hace referencia al *uso o aprovechamiento indebido* de esos bienes, sin que ellos pasen al patrimonio del autor o terceros. Los bienes siguen perteneciendo a la administración, sólo que existe un uso (abusivo) por parte de un funcionario que lo aprovecha para sí o para un tercero.

El ejemplo del peculado de uso, señalado reiteradamente por la doctrina penal, sería: el funcionario público que utiliza (con nafta propia) el automóvil oficial en forma privada. En nuestra legislación, no se admite el peculado de uso dentro del art. 261 del C.P.²⁴.

²² Zuppi (ob. cit., p. 645) considera que el supuesto del art. XI.1.b de la Convención se halla comprendido en el art. 260 del C.P., es decir por la figura de *Aplicación indebida de fondos*. Creemos que se trata de una figura totalmente diferente. En la aplicación indebida de fondos del art. 260 del C.P., los fondos no van a beneficio propio o de un tercero, sino que se mantienen en el ámbito de la administración pública, aunque con un destino distinto al cual estaban pensados en principio. Además, en este caso (art. XI.1.b de la Convención) no se trata de la *apropiación* de los fondos o bienes, sino simplemente del *uso* de ellos sin que pasen al patrimonio del autor o de terceros.

²³ Por ejemplo, en el C.P. español, art. 434 (antes de la reforma de la ley 10/95) que disponía: “La autoridad o funcionario público que, con ánimo de lucro propio o ajeno y con grave perjuicio para la causa pública, diere una aplicación privada a bienes muebles o inmuebles pertenecientes a cualquier Administración o Entidad estatal, autonómica o local y Organismos dependientes de alguna de ellas, incurrirá en las penas de prisión de uno a tres años e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de tres a seis años”.

²⁴ En este sentido, **Carlos Creus**, referirse a la acción típica del peculado de bienes, señala: “[...] la sustracción no se satisface con el simple uso del bien —por ilegítimo que sea—, sin que sea separado de la tenencia de la Administración; el bien tiene que ser consumido, destruido, transformado”. Cfr. Creus, Carlos, *Derecho Penal. Parte Especial*, Tomo 2, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Editorial Ediar, 1998, p. 287.



Tampoco es el peculado de servicios (art. 261, 2ª parte, del C.P.), ya que en ese delito se exige el aprovechamiento de trabajos o servicios, no se refiere al uso de bienes, como menciona el art. XI.1.b de la Convención.

Por este motivo, el art. XI.1.b de la Convención no tiene su respectivo delito en la legislación penal argentina. Resta analizar si esto implica un incumplimiento de parte de nuestro Estado, y —eventualmente— qué consecuencias tendría.

2.1.4.c. Tráfico de influencias

La conducta descripta en el art. XI.1.c de la Convención, está prevista en el art. 256 *bis* del C.P. y también en la segunda parte del art. 258.

El **art. 256 *bis*** establece:

Será reprimido con reclusión o prisión de uno a seis años e inhabilitación especial perpetua para ejercer la función pública el que por sí o por persona interpuesta solicitare o recibiere dinero o cualquier otra dádiva o aceptare una promesa directa o indirecta, para hacer valer indebidamente su influencia ante un funcionario público, a fin de que éste haga, retarde o deje de hacer algo relativo a sus funciones.

Si aquella conducta estuviera destinada a hacer valer indebidamente una influencia ante un magistrado del Poder Judicial o del Ministerio Público, a fin de obtener la emisión, dictado, demora u omisión de un dictamen, resolución o fallo en asuntos sometidos a su competencia, el máximo de la pena de prisión o reclusión se elevará a doce años.

El **art. 258** establece:

Será reprimido con prisión de uno a seis años, el que directa o indirectamente diere u ofreciere dádivas en procura de alguna de las conductas reprimidas por

Del mismo modo, **Jorge Buompadre**, al comentar el art. 261 de peculado de bienes y servicios, dice: “El precepto legal no comprende, a diferencia de otros ordenamientos, como por ejemplo, el español o el portugués, el llamado peculado de uso, consistente en el empleo abusivo de cosas pertenecientes a una administración pública [...]. La impunidad de estos hechos deriva de que lo que se castiga en esta especie de malversación no es el uso excesivo por parte del funcionario, con fines privados, de cosas de la administración pública, sino la desviación o cambio de destino de un trabajo o un servicio pagados por el Estado”. Cfr. Baigún, David y Zaffaroni, Eugenio Raúl (directores), *Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, Tomo 10, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Editorial Hammurabi, 2011, p. 666.



los arts. 256 y 256 *bis*, párr. 1°. Si la dádiva se hiciera u ofreciere con el fin de obtener alguna de las conductas tipificadas en los arts. 256 *bis*, párr. 2° y 257, la pena será de reclusión o prisión de dos a seis años. Si el culpable fuere funcionario público, sufrirá además inhabilitación especial de dos a seis años en el primer caso y de tres a diez años en el segundo.

En estos artículos están previstas las conductas que indica la Convención en el art. XI.1.c.

2.1.4.d. Peculado

La conducta descrita en el art. XI.1.d de la Convención, está prevista en el **art. 261 (primera parte)** del C.P. que establece:

Será reprimido con reclusión o prisión de dos a diez años e inhabilitación absoluta perpetua el funcionario público que sustrajere caudales o efectos cuya administración, percepción o custodia le haya sido confiada por razón de su cargo. Será reprimido con la misma pena el funcionario que empleare en provecho propio o de un tercero, trabajos o servicios pagados por una administración pública.

La acción descrita en el art. XI.1.d de la Convención coincide con la figura básica de Peculado, que en nuestra doctrina se llama *peculado de bienes*²⁵ y está prevista en la primera parte del art. 261 del C.P.

La conducta que describe el inc. 1.d del art. XI es similar a la que ya mencionamos del art. VI.1.c. Entendemos que la diferencia es que en el caso del art. VI.1.c se trata de un estado previo a la lesión del bien jurídico *Administración Pública*.

²⁵ A criterio de Zuppi (ob. cit., p. 645) esta figura descrita en la Convención encuadra en el delito de *Concusión* del art. 268 del código penal. No estamos de acuerdo con esta comparación. La figura del art. 268 del C.P. (*delito de concusión*) se refiere al acto de un funcionario público que convierte en beneficio propio o de tercero las *exacciones* que obtuvo previamente. Las exacciones consisten en hacerse pagar una dádiva o contribución que no correspondiere. En el caso que analizamos del art. XI.1.d de la Convención, se refiere a la desviación que el mismo funcionario hace de bienes de la administración pública que él tiene a su cargo. El mismo funcionario público hace pasar esos bienes de la administración a su patrimonio o de un tercero.



Como se puede advertir, en el caso del art. VI.1.c, la acción u omisión todavía no afectan efectivamente el bien jurídico: basta con la conducta realizada **con el fin**²⁶ de obtener beneficios para el autor o un tercero. En cambio, en el caso de la conducta del art. XI.1.d, esa finalidad ya se tiene que lograr. En este caso sí se exige²⁷ el uso o aprovechamiento indebido de los bienes del Estado.

Recordamos que en el caso del art. VI.1.c, el Estado argentino tiene la obligación de criminalizar, mientras que en el caso del art. XI no tiene tal obligación. De cualquier modo, entendemos que el art. 261 del código penal cumple con el art. VI.1.c y XI.1.d de la Convención.

Recordamos que también está previsto en el código penal argentino el delito de fraude contra la administración pública como un delito contra la propiedad, que se agrava cuando el perjudicado es la administración. El **art. 174, inc. 5°**, establece: “Sufrirá prisión de dos a seis años: [...] (5) El que cometiere fraude en perjuicio de una administración pública”.

Con los delitos que mencionamos, estarían cubiertos todos los casos mencionados en el art. XI.1.d.

2.1.5. Conclusiones respecto de la Convención Interamericana Contra la Corrupción

Después de analizar en detalle las disposiciones de la Convención, podemos llegar a las siguientes conclusiones.

En la Convención se mencionan una serie de conductas humanas que los Estados Parte se han comprometido a tipificar en su legislación interna. Estas conductas son las que vimos que surgen de los arts. VI, VIII y IX de la Convención.

En los tres casos, se utilizan expresiones que imponen tal obligación a los Estados Partes. Las conductas del art. VI se deben penalizar en los Estados, ya que el art. VII indica que: “Los Estados Partes que aún no lo hayan hecho *adoptarán las medidas*

²⁶ En la dogmática penal, esta expresión “*con el fin*” es indicadora de un delito de los llamados de *intención interna trascendente*. No es necesario que realmente se haya afectado el bien jurídico protegido. Para que se imponga la pena no es necesaria la lesión al bien jurídico, basta con que el autor haya realizado cierto acto —previo a la lesión— “...*con la finalidad especial de...*”.

²⁷ Como elemento del tipo objetivo. Es decir, como dato que realmente tiene que consumarse.



legislativas o de otro carácter que sean necesarias para tipificar como delitos en su derecho interno los actos de corrupción descritos en el art. VI.1 [...]”.

Claramente, en esos casos surge la obligación de criminalizar las conductas.

Por otra parte, del art. XI no surge una obligación de penalizar necesariamente las conductas que se mencionan. Solo la obligación de los Estados Partes de *considerar la tipificación* de esas conductas para impulsar la armonización de las legislaciones de los Estados Partes. En cualquier caso, todas las conductas mencionadas en el art. XI existen previstas como delitos en nuestro código penal, a excepción del *peculado de uso* mencionado por el inc. 1.b del art. XI.

Por todo ello, consideramos que el Estado argentino, como Estado Parte de la Convención Interamericana Contra la Corrupción, ha cumplido con su normativa en lo referente a penalizar las conductas allí mencionadas, a excepción de una parte del delito de cohecho pasivo (en la forma de requerimiento), previsto en la Convención en el art. VI.1.a, que nuestro código penal no contempla.

2.2. Convención Interamericana Contra el Terrorismo

Aprobada por ley 26.023 (publicada en B.O. del 18/4/2005).

2.2.1. Introducción. Objetivos de la Convención

El 03 de junio de 2002 fue adoptada por la O.E.A. en Bridgetown (Barbados) y consta de 23 artículos.

Esta Convención tiene como objeto prevenir, sancionar y eliminar el terrorismo. Para ello, los Estados Parte se comprometen a adoptar las medidas necesarias y fortalecer la cooperación entre ellos.

Por una parte, (art. 4°) se establecen medidas para prevenir, combatir y erradicar la financiación del terrorismo. Estas medidas son de carácter administrativo²⁸.

²⁸ Las medidas de tipo administrativo se refieren a un régimen de supervisión para los bancos y otras instituciones financieras, medidas de detección y vigilancia de movimientos de dinero transfronterizos y otras.



Por otra parte, la Convención obliga a los Estados Parte a tipificar como delitos, ciertas conductas vinculadas al terrorismo y lavado de dinero vinculado.

2.2.2. Obligaciones de criminalizar conductas. Regla general

2.2.2.a. ¿Obligación de tipificar delitos?

Esta Convención, a diferencia de las anteriores, tiene la particularidad de que no establece expresamente cuáles son las conductas que deben tipificar los Estados Parte, sino que remite para ello a otros tratados internacionales. En el art. 3° establece, entre las medidas internas de cada Estado Parte, el *esfuerzo* por ser parte de los instrumentos internacionales que se enumeran en el art. 2°, y adoptar las medidas para su aplicación a la legislación interna, incluyendo las penas a los delitos allí contemplados²⁹.

El **art. 3°** de esta Convención establece:

Cada Estado Parte, de acuerdo con sus disposiciones constitucionales, se esforzará por ser parte de los instrumentos internacionales enumerados en el artículo 2 de los cuales aún no sea parte y por adoptar las medidas necesarias para la aplicación efectiva de los mismos, incluido el establecimiento en su legislación interna de penas a los delitos ahí contemplados.

A su vez, **el art. 2°** establece cuales serían los instrumentos internacionales aplicables a esta Convención:

Art. 2°:

1. Para los propósitos de esta Convención, se entiende por delito aquellos establecidos en los instrumentos internacionales que se indican a continuación:
 - a. Convenio para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves, firmado en La Haya el 16 de diciembre de 1970.
 - b. Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil, firmado en Montreal el 23 de septiembre de 1971.
 - c. Convención sobre la prevención y el castigo de delitos contra personas internacionalmente protegidas, inclusive los agentes diplomáticos,

²⁹ En este trabajo se analizan todos los instrumentos señalados en el art. 2° de esta Convención, a continuación.



- aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 14 de diciembre de 1973.
- d.* Convención internacional contra la toma de rehenes, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 17 de diciembre de 1979.
 - e.* Convenio sobre la protección física de los materiales nucleares, firmado en Viena el 3 de marzo de 1980.
 - f.* Protocolo para la represión de actos ilícitos de violencia en los aeropuertos que prestan servicios a la aviación civil internacional, complementario del Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil, firmado en Montreal, el 24 de febrero de 1988.
 - g.* Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima, hecho en Roma el 10 de marzo de 1988.
 - h.* Protocolo para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de las plataformas fijas emplazadas en la plataforma continental, hecho en Roma el 10 de marzo de 1988.
 - i.* Convenio Internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 15 de diciembre de 1997.
 - j.* Convenio Internacional para la represión de la financiación del terrorismo, aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 9 de diciembre de 1999.
2. Al depositar su instrumento de ratificación a la presente Convención, el Estado que no sea parte de uno o más de los instrumentos internacionales enumerados en el párrafo 1 de este artículo podrá declarar que, en la aplicación de esta Convención a ese Estado Parte, ese instrumento no se considerará incluido en el referido párrafo. La declaración secará en sus efectos cuando dicho instrumento entre en vigor para ese Estado Parte, el cual notificará al depositario de este hecho.
3. Cuando un Estado Parte deje de ser parte de uno de los instrumentos internacionales enumerados en el párrafo 1 de este artículo, podrá hacer una declaración con respecto a ese instrumento, tal como se dispone en el párrafo 2 de este artículo.



Después de analizar los arts. 2° y 3°, la pregunta es: ¿la Convención impone a los Estados Parte la obligación de criminalizar ciertas conductas?

Consideramos que no, ya que en el art. 3° que remite a los instrumentos del art. 2°, no se impone una obligación expresa de tipificar delitos a los Estados Parte, sino que simplemente se establece que cada uno de ellos se *esforzará* por ser parte de los instrumentos internacionales enumerados previamente y por adoptar en su legislación interna las penas y delitos allí mencionados³⁰.

Luego, la misma Convención, en el **art. 6°**, indica cuáles serían los delitos (previos) determinantes del delito de lavado de dinero:

Art. 6°: 1. Cada Estado Parte tomará las medidas necesarias para asegurar que su legislación penal referida al delito del lavado de dinero incluya como delitos determinantes del lavado de dinero los delitos establecidos en los instrumentos internacionales enumerados en el artículo 2° de esta Convención.

Los delitos determinantes de lavado de dinero a que se refiere el párrafo 1 incluirán aquellos cometidos tanto dentro como fuera de la jurisdicción del Estado Parte.

En relación al art. 6° debemos aclarar que no se establece la obligación de tipificar el delito de lavado de dinero, sino que se impone a los Estados Parte que legislan el delito de lavado de dinero, que deben contemplar dentro de esas figuras penales, como delito previo³¹ los distintos supuestos enumerados en el art. 2° de la Convención.

³⁰ En este sentido también **Dante Negro** señala que: “El artículo 3° de la Convención establece que cada Estado parte, de acuerdo con sus disposiciones constitucionales, se esforzará por ser parte de los instrumentos internacionales enumerados en el artículo 2° de los cuales aún no sea parte y por adoptar las medidas necesarias para la aplicación efectiva de los mismos, incluido el establecimiento en su legislación interna de penas a los delitos ahí contemplados. Si bien este artículo puede resultar interesante, no lo analizamos, pues no impone una obligación concreta al Estado por alcanzar un resultado determinado al sostener que los Estados ‘se esforzarán’ por llegar a un resultado. No consideramos esta una obligación en el sentido jurídico de la palabra”. También indica el autor mencionado que: “No existe, sin embargo, la obligación para los Estados parte, a través de la Convención Interamericana contra el Terrorismo, de tipificar como delito en sus legislaciones internas la financiación del terrorismo, de actos terroristas o de organizaciones terroristas. Esta posibilidad es una cuestión que deberá ser decidida por las autoridades de cada país. El Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo, aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 9 de diciembre de 1999, sí establece en su artículo 4° la tipificación como infracción penal de los delitos enunciados en el artículo 2°. Esta última puede ser utilizada como modelo para una tipificación interna de ser necesario”. Cfr. Negro Alvarado, Dante Mauricio, “La Convención Interamericana contra el Terrorismo: algunas consideraciones para su implementación en las legislaciones internas de los Países”, en *Agenda Internacional*, volumen 10, número 19, 2003, pp. 221-244, disponible en [<https://bit.ly/2UG9tSZ>], esp. pp. 230 y 234.

³¹ Una de las características del delito de lavado de dinero es que siempre se lo relaciona con un delito anterior. En este sentido es similar al delito de encubrimiento, a tal punto que, durante la vigencia de la ley



Debemos señalar al respecto, que la figura prevista en el art. 303, que prevé en el sistema penal argentino el delito de lavado de dinero, se refiere a cualquier hecho delictivo previo, de modo que es muy amplio³², y no existirían limitaciones al respecto.

2.2.2.b. Medidas cautelares en relación a estos delitos

Como complemento, en el art. 5° de la Convención, se establecen medidas cautelares vinculadas a la investigación en este tipo de delitos. El **art. 5°** establece:

Embargo y decomiso de fondos u otros bienes.

1. Cada Estado Parte, de conformidad con los procedimientos establecidos en su legislación interna, adoptará las medidas necesarias para identificar, congelar, embargar y, en su caso, proceder al decomiso de los fondos u otros bienes que constituyan el producto de la comisión o tengan como propósito financiar o hayan facilitado o financiado la comisión de cualquiera de los delitos establecidos en los instrumentos internacionales enumerados en el artículo 2° de esta Convención.
2. Las medidas a que se refiere el párrafo 1 serán aplicables respecto de los delitos cometidos tanto dentro como fuera de la jurisdicción del Estado Parte.

Esta indicación de la Convención, también ha sido cumplida por parte del Estado argentino, ya que en el art. 305 del C.P.³³ se establece el procedimiento del decomiso de

anterior, las figuras de lavado de dinero en el sistema penal argentino estaban dentro del capítulo de los delitos de encubrimiento (arts. 277 y siguientes). En la actualidad, se le ha dado *autonomía* al delito de lavado de dinero, y se los ha legislado dentro del título XIII que se ha creado específicamente para este delito y la financiación del terrorismo, precisamente en cumplimiento de estos instrumentos internacionales. En cualquier caso, el delito de lavado de dinero, siempre se relaciona con un delito anterior, del cual debe provenir el dinero que se va a *lavar*.

³² El **art. 303 del C.P.** establece en la parte pertinente: “[...] *bienes provenientes de un ilícito penal* [...]”. Esa referencia abarca cualquier delito previo.

³³ El **art. 305 del C.P.** argentino establece: “El juez podrá adoptar desde el inicio de las actuaciones judiciales las medidas cautelares suficientes para asegurar la custodia, administración, conservación, ejecución y disposición del o de los bienes que sean instrumentos, producto, provecho o efectos relacionados con los delitos previstos en los artículos precedentes.- En operaciones de lavado de activos, serán decomisados de modo definitivo, sin necesidad de condena penal, cuando se hubiere podido comprobar la ilicitud de su origen, o del hecho material al que estuvieren vinculados, y el imputado no pudiere ser enjuiciado por motivo de fallecimiento, fuga, prescripción o cualquier otro motivo de suspensión o extinción de la acción penal, o cuando el imputado hubiere reconocido la procedencia o uso ilícito de los bienes.- Los activos que fueren decomisados serán destinados a reparar el daño causado a la sociedad, a las víctimas en particular o al Estado. Sólo para cumplir con esas finalidades podrá darse a los



los bienes provenientes de los delitos de lavado de dinero. Entendemos que este instituto del decomiso implica una clara afectación de principios constitucionales arraigados en nuestro sistema procesal penal. El *decomiso punitivo* es una sanción anticipada a la sentencia condenatoria. La posibilidad de disponer del bien que supuestamente sería producto del delito, sin la existencia de una sentencia condenatoria por ese delito, hace que el instituto sea inconstitucional por afectarse el principio de inocencia y debido proceso. Es una confiscación judicial anticipada.

2.2.2.c. Disposiciones aclaratorias respecto a la jurisdicción de los hechos vinculados

Finalmente, la Convención establece en los arts. 5° y 6° (segundo párrafo, en ambos casos) disposiciones de jurisdicción en relación al delito vinculado con el lavado de dinero o financiación de terrorismo.

Se aclara en esas normas que los delitos determinantes del lavado de dinero también podrían ser cometidos fuera de la jurisdicción territorial del Estado Parte³⁴. Además, que las medidas de embargo y decomiso se aplicarán incluso respecto de los delitos cometidos tanto dentro como fuera de la jurisdicción del Estado Parte³⁵.

Debemos aclarar que también el Estado argentino ha cumplido con esta disposición al establecer tanto en el art. 303, inc. 5°, como en el art. 306, inc. 4°, aclaraciones en este sentido.

El **art. 303 del C.P.**, que define el delito de lavado de dinero, en su inc. 5° establece:

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

bienes un destino específico.- Todo reclamo o litigio sobre el origen, naturaleza o propiedad de los bienes se realizará a través de una acción administrativa o civil de restitución. Cuando el bien hubiere sido subastado sólo se podrá reclamar su valor monetario”.

³⁴ **Art. 6°**, segundo párrafo, de la Convención: “Los delitos determinantes de lavado de dinero a que se refiere el párrafo 1 incluirán aquellos cometidos tanto dentro como fuera de la jurisdicción del Estado Parte”.

³⁵ **Art. 5°**, segundo párrafo, de la Convención: “[...] 2. Las medidas a que se refiere el párrafo 1 serán aplicables respecto de los delitos cometidos tanto dentro como fuera de la jurisdicción del Estado Parte”.



Del mismo modo, el **art. 306 del C.P.**, que establece el delito de financiación del terrorismo, en el inc. 4° establece:

Las disposiciones de este artículo regirán aún cuando el ilícito penal que se pretende financiar tuviere lugar fuera del ámbito de aplicación espacial de este Código, o cuando en el caso del inciso b) y c) la organización o el individuo se encontraren fuera del territorio nacional, en tanto el hecho también hubiera estado sancionado con pena en la jurisdicción competente para su juzgamiento.

De este modo se cumple con las indicaciones de la Convención referidas a las posibles limitaciones jurisdiccionales en relación al delito previo.

2.3. Conclusiones en relación a la Convención Interamericana Contra el Terrorismo

Si bien en esta Convención se enumeran una larga serie de instrumentos internacionales que prevén delitos, el art. 3° no obliga a los Estados Parte a tipificar en su legislación interna las figuras previstas en ellos, ya que indica que cada Estado “...se esforzará...” por ser parte de los instrumentos mencionados y adoptar las medidas necesarias para la aplicación de los mismos, incluyendo la tipificación de los delitos allí mencionados³⁶. Esta referencia a “...se esforzará...” es similar a los casos de delitos sugeridos a los Estados por parte de las convenciones que hemos visto³⁷. La referencia a todos esos instrumentos internacionales no se hace a fin de obligar a los Estados Parte a

³⁶ Como señala **Negro Alvarado**, refiriéndose al art. 3°: “Este artículo fue ampliamente debatido en el transcurso de las negociaciones en el marco del grupo de trabajo encargado de redactar el proyecto de convención. La fórmula de compromiso fue aceptar que todas aquellas figuras ya contempladas en otros instrumentos internacionales se considerarían delitos a efectos de la presente Convención, pero sólo en lo relativo a su definición. En otras palabras, dichos instrumentos jurídicos aportarían elementos a la Convención Interamericana contra el Terrorismo en lo que hace a la definición de las figuras allí contempladas, pero no en cuanto a las obligaciones que en ellos se estipulan. Es más, el Estado de que se trate, al momento de depositar su instrumento de ratificación a la Convención, puede, en lo que respecta a los tratados enumerados de los que aún no es parte, declarar que, en la aplicación de la Convención Interamericana contra el Terrorismo, ese tratado no se considerará incluido en el referido párrafo”. Cfr. Negro Alvarado, ob. cit., p. 233.

³⁷ Por ejemplo, el art. XI de la Convención Interamericana contra la Corrupción que habla de “[...] considerar la tipificación [...]” a fines de armonizar las legislaciones de los Estados Parte.



tipificar los delitos señalados en cada uno de ellos, sino para extraer de ellos la definición de cada delito.

No obstante, el Estado argentino, en su intención de cumplir con éste y otros instrumentos, ha tipificado tanto el delito de *lavado de dinero*, como el de *financiación del terrorismo* en los arts. 303 y siguientes del C.P., como así también el decomiso de los bienes que provengan de esos delitos, y ha incorporado una agravante genérica (aplicable a cualquier delito) en el art. 41 *quiquies* del C.P.³⁸ cuando se cometa con finalidades terroristas.

Asimismo, se ha dispuesto una norma que habilita el decomiso de los bienes en estos procesos penales, y también la aclaración de que el delito anterior o vinculado no necesariamente debe haber sido cometido en la jurisdicción de nuestro país.

De este modo, entendemos que el Estado argentino ha cumplido con las disposiciones de la Convención Interamericana contra el Terrorismo, pese a que no se trataba de normas que obligaran al Estado a tipificar delitos.

2.3. Convenio para la Represión del Apoderamiento Ilícito de Aeronaves

Aprobado por ley 19.793 (sancionada el 21/8/72, publicada en B.O. del 11/09/72).

2.3.1. Introducción. Objetivos del Convenio

El Convenio fue aprobado en La Haya el 16/12/70. Sus objetivos se relacionan con la intención de evitar los actos de apoderamiento o ejercicios de control sobre aeronaves en vuelo y el peligro que ello implica para las personas, los bienes y la aeronavegación en general.

³⁸ El art. 41 *quiquies* del C.P. establece: “Cuando alguno de los delitos previstos en este Código hubiere sido cometido con la finalidad de aterrorizar a la población u obligar a las autoridades públicas nacionales o gobiernos extranjeros o agentes de una organización internacional a realizar un acto o abstenerse de hacerlo, la escala se incrementará en el doble del mínimo y el máximo.- Las agravantes previstas en este artículo no se aplicarán cuando el o los hechos de que se traten tuvieren lugar en ocasión del ejercicio de derechos humanos y/o sociales o de cualquier otro derecho constitucional”.



2.3.2. Delitos previstos en el Convenio

El **art. 1°** del Convenio establece:

Comete un delito (que en adelante se denominará “el delito”) toda persona que, a bordo de una aeronave en vuelo,

- a. ilícitamente, mediante violencia o amenaza de violencia o de cualquier otra forma de intimidación, se apodere de tal aeronave, ejerza el control de la misma, o intente cometer cualquiera de tales actos.

Luego, el **art. 2°** establece: “Los Estados Contratantes se obligan a establecer para el delito penas severas”.

Además, en el Convenio existen disposiciones que se refieren al juzgamiento de tales conductas y la jurisdicción de los Estados en distintos supuestos problemáticos que puedan presentarse.

2.3.3. Los delitos en el código penal argentino

En el código penal argentino está previsto en el **art. 198, inc. 3°**, el delito de *piratería impropia* o *usurpación de mando*³⁹. La conducta la realiza quien quita la autoridad o mando de una aeronave o buque a la persona que tiene legalmente esa autoridad. Los medios en este caso, son: la violencia, intimidación o engaño. Es necesario el dolo de parte del autor, y un elemento subjetivo especial que consiste en el fin de apoderarse del buque o aeronave o disponer de las cosas o personas que lleva. El delito no exige que se consume esa finalidad.

El convenio habla también de quien *intente* cometer esa conducta. Recordemos que, en el código penal argentino, la tentativa está penada en el art. 42 y siguientes, de modo que también se prevé esta modalidad ampliada de la punición.

³⁹ El **art. 198 del C.P. argentino** establece: “Será reprimido con reclusión o prisión de tres a quince años: [...] 3. El que mediante violencia, intimidación o engaño, usurpare la autoridad de un buque o aeronave, con el fin de apoderarse de él o de disponer de las cosas o de las personas que lleva”.



2.3.4. Conclusiones sobre el Convenio para la Represión del Apoderamiento Ilícito de Aeronaves

Como se puede ver, el Estado argentino tiene la figura dentro de su código penal, de modo que ha cumplido con la obligación asumida en este Convenio, y no necesita tipificar otro delito.

2.4. Convenio para la Represión de Actos Ilícitos contra la Seguridad de la Aviación Civil

Aprobada por ley 20.411 (sancionada el 18/05/1973, promulgada el 18/05/1973 y publicada en B.O. del 30/05/1973).

2.4.1. Introducción. Objetivos del Convenio

El Convenio fue firmado en Montreal el 23/9/71. Sus objetivos se relacionan con la intención de evitar el peligro para las personas, los bienes y la aeronavegación en general.

2.4.2. Obligación de tipificar delitos

La obligación de tipificar delitos surge de los arts. 1° y 3° del Convenio. El **art. 1°** define los delitos:

Comete un delito toda persona que ilícita e intencionalmente:

- a.* realice contra una persona a bordo de una aeronave en vuelo actos de violencia que, por su naturaleza, constituyan un peligro para la seguridad de la aeronave;
- b.* destruya una aeronave en servicio o le cause daños que la incapaciten para el vuelo o que, por su naturaleza, constituyan un peligro para la seguridad de la aeronave en vuelo;
- c.* coloque o haga colocar en una aeronave en servicio, por cualquier medio, un artefacto o sustancia capaz de destruir la aeronave o de causarle daños que la incapaciten para el vuelo o que, por su naturaleza, constituyan un peligro para la seguridad de la aeronave en vuelo;



La figura básica del art. 190 del C.P. ya contempla todos los supuestos mencionados en el art. 1º, inc. 1º, de la Convención, al referirse al sujeto que *por cualquier acto ponga en peligro la seguridad* de una aeronave. Con ello se abarca todos los casos del art. 1º, inc. 1º, de la Convención que son casos de puesta en peligro de una aeronave, no es necesario legislar más casos que el previsto en el art. 190 del C.P.

El inc. 2º del art. 1º de la Convención se refiere a los supuestos de tentativa y participación criminal que, en el código penal argentino, y por disposición de los arts. 42, 45 y 46, se aplica a todos los autores que incurran en tentativa y en participación necesaria, simple complicidad e instigación. También en ese aspecto el código penal argentino ya tiene previstas las conductas mencionadas en la Convención.

Los artículos siguientes de la Convención establecen reglas de extradición y cooperación entre los Estados Parte para el juzgamiento de estos delitos, así como también normas referidas a la jurisdicción para juzgar estos delitos.

2.4.4. Conclusiones en relación al Convenio para la Represión de Actos Ilícitos contra la Seguridad de la Aviación Civil

Por lo que vimos, el Estado argentino ha cumplido las obligaciones que surgen de dicho Convenio, al establecer en los arts. 190, 42, 45 y 46 del C.P. todos los supuestos requeridos.

2.5. Convenio para la Represión de Actos Ilícitos contra la Seguridad de la Navegación Marítima

Aprobado por ley 24.209 (promulgada el 11/6/93).

2.5.1. Introducción. Objetivos del convenio

El convenio se suscribió en Roma el 10 de marzo de 1988. Los objetivos del convenio son fomentar la cooperación internacional para prevenir actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima, así como sancionar a sus autores.



2.5.2. Obligación de crear conductas delictivas

La obligación de crear nuevos delitos surge de los arts. 3° y 5° de la Convención.

El **art. 3°** establece:

1. Comete delito toda persona que ilícita e intencionadamente:
 - a. se apodere de un buque o ejerza el control del mismo mediante violencia, amenaza de violencia o cualquier otra forma de intimidación; o
 - b. realice algún acto de violencia contra una persona que se halle a bordo de un buque, si dicho acto puede poner en peligro la navegación segura de ese buque; o
 - c. destruya un buque o cause daños a un buque o a su carga que puedan poner en peligro la navegación segura de ese buque; o
 - d. coloque o haga colocar en un buque, por cualquier medio, un artefacto o una sustancia que puedan destruir el buque, o causar daños al buque o a su carga que ponga o puedan poner en peligro la navegación segura del buque; o
 - e. destruya o cause daños importantes en las instalaciones y servicios de navegación marítima o entorpezca gravemente su funcionamiento, si cualquiera de tales actos puede poner en peligro la navegación segura de un buque; o
 - f. difunda información a sabiendas de que es falsa, poniendo así en peligro la navegación segura de un buque; o
 - g. lesione o mate a cualquier persona, en relación con la comisión o la tentativa de comisión de cualquiera de los delitos enunciados en los aparts. a) a f).
2. También comete delito toda persona que:
 - a. intente cometer cualquiera de los delitos enunciados en el párrafo 1; o
 - b. induzca a cometer cualquiera de los delitos enunciados en el párrafo 1, perpetrados por cualquier persona, o sea de otro modo cómplice de la persona que comete tal delito; o
 - c. amenace con cometer, formulando o no una condición, de conformidad con lo dispuesto en la legislación interna, con ánimo de obligar a una persona física o jurídica a ejecutar un acto o a abstenerse



de ejecutarlo, cualquiera de los delitos enunciados en los aparts. b), c) y e) del párrafo 1, si la amenaza puede poner en peligro la navegación segura del buque de que se trate.

Luego, el **art. 5°** establece: “Cada Estado se obliga a establecer para los delitos enunciados en el artículo 3°, penas adecuadas en las que se tenga en cuenta la naturaleza grave de dichos delitos”.

De lo expuesto surge la obligación del Estado argentino de prever en su legislación interna los delitos mencionados.

2.5.3. Los delitos en el código penal argentino

Esa obligación se puede considerar cumplida en el sistema penal argentino, ya que en el **art. 190 del C.P.** se determina que:

Será reprimido con prisión de dos a ocho años, el que a sabiendas ejecutare cualquier acto que ponga en peligro la seguridad de una nave, construcción flotante o aeronave.

Si el hecho produjere naufragio, varamiento o desastre aéreo, la pena será de seis a quince años de reclusión o prisión.

Si el hecho causare lesión a alguna persona, la pena será de seis a quince años de reclusión o prisión, y si ocasionare la muerte, de diez a veinticinco años de reclusión o prisión.

Las disposiciones precedentes se aplicarán aunque la acción recaiga sobre una cosa propia, si del hecho deriva peligro para la seguridad común.

La figura básica del art. 190 del C.P. ya contempla todos los supuestos mencionados en el art. 3° de la Convención, al referirse al sujeto que *por cualquier acto ponga en peligro la seguridad* de una nave o construcción flotante. Con ello se abarca todos los casos del art. 3° de la Convención que son casos de puesta en peligro de un buque, no es necesario legislar más casos que el previsto en el art. 190 del C.P.

El inc. 2° del art. 3° de la Convención se refiere a los supuestos de tentativa y participación criminal que, en el código penal argentino, y por disposición de los arts. 42, 45 y 46 se aplica a todos los autores que incurran en tentativa y en participación necesaria,



simple complicidad e instigación. También en ese aspecto el código penal argentino ya tiene previstas las conductas mencionadas en la Convención.

Los artículos siguientes de la Convención establecen reglas de extradición y cooperación entre los Estados Parte para el juzgamiento de estos delitos, así como también normas referidas a la jurisdicción para juzgar estos delitos.

2.5.4. Conclusiones en relación al Convenio para la Represión de Actos Ilícitos contra la Seguridad de la Navegación Marítima

Por lo que vimos, el Estado argentino ha cumplido las obligaciones que surgen de dicho Convenio, al establecer en el art. 190, 42, 45 y 46 del C.P. todos los supuestos requeridos.

2.6. Protocolo para la Represión de Actos Ilícitos contra la Seguridad de las Plataformas Fijas Emplazadas en la Plataforma Continental

Aprobado por ley 25.771 (publicada en el B.O. del 15/9/03).

2.6.1. Introducción. Objetivos del protocolo

El protocolo fue adoptado en Roma el 10/03/88. Los objetivos del protocolo son los mismos que los del Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima.

2.6.2. Normas que obligan a los Estados Partes a crear delitos

El **art. 1°** del protocolo establece que:

Las disposiciones de los artículos 5° y 7° y de los artículos 10 a 16 del Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima (en adelante llamado El Convenio) se aplicarán también mutatis mutandis a los delitos enunciados en el artículo 2 del presente Protocolo cuando tales delitos se cometen a bordo de plataformas fijas emplazadas en la plataforma continental o en contra de éstas [...].



En virtud de esa disposición es que surge entonces para los Estados Parte la obligación de crear delitos.

Luego, el **art. 2°** del Protocolo establece:

1. Comete delito toda persona que ilícita e intencionalmente:
 - a.* se apodere de una plataforma fija o ejerza el control de la misma mediante violencia, amenaza de violencia o cualquier otra forma de intimidación; o
 - b.* realice algún acto de violencia contra una persona que se halle a bordo de una plataforma fija, si dicho acto puede poner en peligro la seguridad de ésta; o
 - c.* destruya una plataforma fija o cause daños a la misma que puedan poner en peligro su seguridad; o
 - d.* coloque o haga colocar en una plataforma fija, por cualquier medio, un artefacto o una sustancia que pueda destruir esa plataforma fija o pueda poner en peligro su seguridad; o
 - e.* lesione o mate a cualquier persona, en relación con la comisión o la tentativa de comisión de cualquiera de los delitos enunciados en los apartados a) a d).

2. También comete delito toda persona que:
 - a.* intente cometer cualquiera de los delitos enunciados en el párrafo 1; o
 - b.* induzca a cometer cualquiera de esos delitos, perpetrados por cualquier persona, o sea de otro modo cómplice de la persona que comete tal delito; o
 - c.* amenace con cometer, formulando o no una condición, de conformidad con la legislación interna, con ánimo de obligar a una persona física o jurídica a ejecutar un acto o a abstenerse de ejecutarlo, cualquiera de los delitos enunciados en los apartados b) y c) del párrafo 1, si la amenaza puede poner en peligro la seguridad de la plataforma fija de que se trate.

Claramente surge del Protocolo la obligación para el Estado argentino de tipificar conductas delictivas.



Además, el art. 3° del protocolo obliga a los Estados Parte a establecer su jurisdicción en relación a esos delitos cuando sean cometidos dentro de la plataforma continental del Estado, o cuando sean cometidos por un nacional de ese Estado.

Esto implica una modificación a las reglas previstas en nuestro código penal en el art. 1° que establece la jurisdicción en virtud del principio territorial y no por el principio de la nacionalidad activa, como pretende este protocolo.

2.6.3. Las normas del código penal argentino

Como hemos visto, en el art. 190 se prevén de manera genérica distintas conductas humanas que pongan en peligro la seguridad de una nave, construcción flotante o aeronave. Podríamos decir en este supuesto, que todos los casos del art. 2° del protocolo estarían cubiertos por el art. 190 si se pudiera incluir en el concepto de *construcción flotante* de la que habla el art. 190, a las *plataformas fijas* a que se refiere el protocolo.

Sin embargo, el mismo art. I, ap. 3° del protocolo, define a las plataformas fijas como: “[...] una isla artificial, instalación o estructura sujeta de manera permanente al fondo marino con fines de exploración o explotación de los recursos u otros fines de índole económica”.

En relación a las construcciones flotantes, la doctrina penal las define como

[...] aparato que sin ser una nave en el sentido explicado, está destinado a flotar en las aguas trasladándose por ellas (grúas, dragas) o permaneciendo anclado (plataformas), que, por lo común, no está destinado al transporte sino a otros servicios; entran en el concepto de construcción flotante las que se construyen eventualmente para favorecer el transporte de elementos que flotan por sí mismos (jangadas).⁴⁰

Tratándose de objetos distintos, sería necesaria una reforma que incluya en el mismo art. 190 del C.P., la expresión *plataforma fija* a fines de cumplimentar las exigencias del mencionado protocolo.

⁴⁰ Cfr. **Creus, Carlos**, ob. cit., p. 36.



2.6.4. Conclusiones en relación al Protocolo para la Represión de Actos Ilícitos contra la Seguridad de las Plataformas Fijas Emplazadas en la Plataforma Continental

Si se interpreta que plataformas fijas no es igual a construcción flotante, entonces no se podría invocar el art. 190 del código penal argentino para sostener que ya existen los delitos impuestos por el protocolo que comentamos.

Sería necesaria una reforma para incluir esos objetos dentro del art. 190.

También sería necesaria una reforma del art. 1° que permita la aplicación de las normas del código penal argentino a los casos vinculados a estos delitos, cometidos por nacionales (art. 3° del protocolo).

En consecuencia, el Estado argentino no ha cumplido con la obligación de tipificar los delitos impuestos por el protocolo.

2.7. Protocolo para la Represión de Actos Ilícitos de Violencia en los Aeropuertos que Prestan Servicios a la Aviación Civil Internacional

Aprobado por ley 23.915 (promulgada el 16/04/1991).

2.7.1. Introducción. Objeto del protocolo

El protocolo es complementario del Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil y se adoptó el 24/2/88 en la Conferencia Internacional de Derecho Aéreo celebrada en Montreal.

2.7.2. Obligación de crear figuras penales.

El protocolo establece (como complemento del Convenio) la obligación de crear delitos a los Estados Parte en su **art. II** que dice:

1. Añádase al Artículo 1° del convenio el siguiente párrafo 1° *bis*:

1° *bis*. Comete un delito toda persona que ilícita e intencionalmente, utilizando cualquier artefacto, sustancia o arma:



- a. ejecute un acto de violencia contra una persona en un aeropuerto que preste servicio a la aviación civil internacional, que cause o pueda causar lesiones graves o la muerte; o
- b. destruya o cause graves daños en las instalaciones de un aeropuerto que preste servicio a la aviación civil internacional o en una aeronave que no esté en servicio y esté situada en el aeropuerto, o perturbe los servicios del aeropuerto, si ese acto pone en peligro o puede poner en peligro la seguridad del aeropuerto.

Se trata de un delito que no está previsto en el sistema penal argentino. Si bien existen en nuestro código penal los delitos de daño (art. 183) y lesiones (arts. 89 a 91) no encontramos una figura que sancione especialmente la destrucción o graves daños en las instalaciones de un aeropuerto o aeronave que no esté en servicio o que perturbe los servicios del aeropuerto.

2.7.3. Conclusiones respecto al Protocolo para la Represión de Actos Ilícitos de Violencia en los Aeropuertos que Prestan Servicios a la Aviación Civil Internacional

Los delitos que agrega el presente protocolo al Convenio, no están previstos en el sistema penal argentino.

2.8. Convención sobre la Prevención y el Castigo de Delitos contra Personas Internacionalmente Protegidas, inclusive los Agentes Diplomáticos

Aprobada por ley 22.509 (publicada en el B.O. del 21/10/81).

2.8.1. Introducción. Objetivos de la Convención

La Convención fue adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 14/12/73.

El objetivo de la Convención fue adoptar medidas para la prevención y castigo de los delitos contra agentes diplomáticos y otras personas internacionalmente protegidas.



En el art. 1° la Convención define lo que entiende por persona internacionalmente protegida, y luego en el art. 2° impone la obligación a los Estados Parte de considerar en su legislación interna una serie de delitos.

2.8.2. Obligaciones de criminalizar conductas. Regla general

El **art. 2° de la Convención** establece:

1. Serán calificados por cada Estado Parte como delitos en su legislación interna, cuando se realicen intencionalmente:
 - a. La comisión de un homicidio, secuestro u otro atentado contra la integridad física o la libertad de una persona intencionalmente protegida;
 - b. La comisión de un atentado violento contra los locales oficiales, la residencia particular o los medios de transporte de una persona internacionalmente protegida que pueda poner en peligro su integridad física o su libertad;
 - c. La amenaza de cometer tal atentado;
 - d. La tentativa de cometer tal atentado, y
 - e. La complicidad en tal atentado.

2. Cada Estado parte hará que esos delitos sean castigados con penas adecuadas que tengan en cuenta el carácter grave de los mismos.

3. Los dos párrafos que anteceden no afectan en forma alguna las obligaciones que tienen los Estados Partes, en virtud del derecho internacional, de adoptar todas las medidas adecuadas para prevenir otros atentados contra la persona, libertad o dignidad de una persona internacionalmente protegida.

El gran interrogante en este caso es definir si se trata de la obligación de crear figuras delictivas especiales, distintas a las previstas en forma similar para cualquier persona víctima, o si la Convención obliga a los Estados Parte a crear un capítulo especial con agravantes para estos delitos cuando las víctimas son las personas protegidas internacionalmente.

Esta segunda opción fue la que tomó el sistema legal español, que incorporó un capítulo especial dentro del título XXIV: el capítulo de los delitos contra el derecho de



gentes. En este capítulo, se prevé especialmente el delito de homicidio a un Jefe de Estado extranjero u otra persona internacionalmente protegida por un tratado⁴¹.

Sin embargo, no todos interpretan que a partir del art. 2° de la Convención surja para los estados parte una obligación especial de incrementar las penas ya existentes para los delitos mencionados allí, cuando se trate de estas personas protegidas internacionalmente⁴². De acuerdo a este criterio, la previsión de estos delitos mencionados que tienen como víctima a cualquier persona, ya sería suficiente para cumplir con esta disposición del art. 2°.

Si esta interpretación de la Convención fuera correcta, entonces al estar previstos en el código penal argentino los delitos que se mencionan, ya contra cualquier persona, no haría falta establecer especialmente un capítulo especial considerando la calidad de la víctima “Jefe de Estado extranjero”.

Recordemos que, en el código penal argentino, todos los delitos mencionados están previstos: homicidio (art. 79), secuestro u otro atentado contra la integridad física o la libertad (arts. 141, 142, 142 *bis*, 89, 90, 91, 104) atentado contra los locales, residencia o medios de transporte que puedan poner en riesgo su integridad física o libertad (art. 183), la amenaza de cometer tal atentado (149 *bis*), la tentativa de tal atentado (art. 42), la complicidad en tal atentado (art. 45 y 46).

En relación a la exigencia del inc. 2° del mencionado art. 2° de la Convención, que exige penas adecuadas a la gravedad de los mismos, podemos mencionar en primer lugar que no se indica la *gravedad* que debería tener la pena, y que, por otra parte, el

⁴¹ Art. 605 del C.P. español: “El que matare al Jefe de un Estado extranjero, o a otra persona internacionalmente protegida por un Tratado, que se halle en España, será castigado con la pena de prisión permanente revisable”. Recordemos que ese mismo C.P. español prevé pena para el homicidio simple (doloso) de diez a quince años de prisión (art. 138). Eso significa que en cumplimiento de la Convención que tratamos, se ha entendido que era necesaria la inclusión de una agravante para el homicidio en la legislación española. El mismo artículo 605 del código español agrava las penas (en su mitad superior) por cualquier delito cometido contra ese grupo de personas, sus locales oficiales, residencias o medios de transporte en el código.

⁴² **Elena Conde Pérez** entiende que eso no es necesario, ya que es suficiente con los delitos previstos para cualquier persona, sin necesidad de hacer una diferenciación cuando la víctima es uno de los sujetos especialmente protegidos por el derecho internacional: “[...] los actos delictivos tipificados en la Convención (art. 2.1), incluyendo la amenaza, la tentativa y la complicidad en la comisión de los mismos, deben ser tipificados en la legislación interna de los estados parte en el Convenio y castigados con penas adecuadas, lo que no implica, necesariamente, que las penas sean superiores a las previstas en el Derecho interno de cada uno de los estados parte para los mismos actos, pero contra personas que no son ‘internacionalmente protegidas’”. Cfr. **Conde Pérez, Elena**, “La Convención sobre prevención y castigo de delitos contra personas internacionalmente protegidas. Incluidos los agentes diplomáticos (Nueva York, 1973): Análisis y perspectivas actuales de interpretación”, en *Foro, Nueva época*, número 13, 2011, disponible en [https://bit.ly/3gL2DnQ], p. 114.



homicidio en el código penal argentino tiene una pena lo suficientemente grave como para cubrir tal exigencia. A diferencia del código penal español (el homicidio simple tiene pena de 10 a 15 años de prisión) en el código argentino la pena es de 8 a 25 años de prisión, de manera que podría considerarse sanción suficiente desde la exigencia del art. 2°, inc. 2°, de la Convención.

2.8.3. Conclusiones respecto a la Convención Sobre la Prevención y Castigo de Delitos Contra Personas Internacionalmente Protegidas, Inclusive los Agentes Diplomáticos

Consideramos que las exigencias del art. 2° de la Convención, referidas a tipificar estas conductas, no exigen un tratamiento en un capítulo especial, ni una determinada cantidad de pena, sólo se habla de manera genérica de una pena adecuada a la gravedad del hecho.

Por ello, el Estado argentino no necesita realizar modificaciones a los delitos que ya tiene previstos desde el año 1921. La escala penal para el homicidio simple es suficiente, y las penas previstas para los otros delitos mencionados en el art. 2° de la Convención también serían suficientes. Teniendo en cuenta que los arts. 40 y 41 del código penal argentino permiten considerar diversos factores y elementos para la determinación judicial de la pena, el contenido de esta Convención podría ser considerado para que todo caso de estos delitos cometidos contra estas personas especialmente protegidas por el derecho internacional, siempre tengan una sanción más cercana al máximo que al mínimo. Al menos, debería ser este un dato importante a considerar en las pautas de determinación judicial de la pena.

2.9. Convención Internacional Contra la Toma de Rehenes

Aprobada por ley 23.956 (publicada en B.O. del 01/8/91).

2.9.1. Introducción. Objetivos de la Convención

Fue aprobada por la Asamblea General de la O.N.U. el 18 de diciembre de 1979, en Nueva York. Los objetivos de la Convención son fomentar la cooperación entre los



Estados para elaborar y adoptar medidas eficaces para prevenir, enjuiciar y castigar los actos de tomas de rehenes como manifestaciones del terrorismo internacional.

2.9.2. Obligación de criminalizar conductas

De los arts. 1° y 2° de la Convención surge la obligación para los Estados Parte de tipificar conductas vinculadas a la toma de rehenes.

El **art. 1°** de la Convención establece:

1. Toda persona que se apodere de otra (que en adelante se denominará “el rehén”) o la detenga, y amenace con matarla, hierla o mantenerla detenida, a fin de obligar a un tercero, a saber, un Estado, una organización internacional intergubernamental, una persona natural o jurídica o un grupo de personas, a una acción u omisión como condición explícita o implícita para la liberación del rehén, comete el delito de toma de rehenes en el sentido de la presente convención.
2. Toda persona que
 - a. Intente cometer un acto de toma de rehenes, o
 - b. Participe como cómplice de otra persona que cometa o intente cometer un acto de toma de rehenes, comete igualmente un delito en el sentido de la presente convención.

Luego, el **art. 2°** determina: “Cada Estado establecerá, para los delitos previstos en el artículo 1°, penas adecuadas que tengan en cuenta el carácter grave de los mismos”.

Como se puede observar, de los arts. 1° y 2° surge la obligación de los Estados de tipificar estos delitos con una pena que considere el carácter grave de esos delitos.

Los siguientes artículos de la convención se refieren a la cooperación entre los Estados para juzgar estos hechos delictivos y a reglas de jurisdicción para su juzgamiento.

2.9.3. Las conductas en el código penal argentino

De las conductas señaladas en el art. 1° surgen delitos que ya estaban previstos en el código penal de 1921: la privación de libertad (art. 141) y las amenazas y coacciones (art. 149 *bis*). Sin embargo, hay una característica que define al delito de toma de rehenes



y es la finalidad específica de compeler a un tercero a que se comporte de manera determinada para la liberación del rehén.

Esa obligación a otro para que realice o se abstenga de realizar una conducta determinada es lo que caracteriza al delito de coacciones. Pero debemos considerar, además, que la ley 26.734 (B.O. del 28/12/11) ha incorporado el art. 41 *quinquies* al código penal argentino, que agrava las penas para todos los delitos cuando se cometa con finalidad terrorista⁴³.

Además, debemos considerar también las disposiciones generales de los arts. 42, 45 y 46 por los cuales se sanciona también la tentativa de esos delitos y la participación en ellos.

Por este motivo, se puede considerar que el Estado argentino ha cumplido con la obligación de tipificar las conductas de toma de rehenes de manera suficiente y satisfactoria en relación a la convención que comentamos. Si bien es aconsejable, en una eventual reforma integral del código penal, establecer un capítulo o título de la parte especial que trate en particular todos los delitos de lesa humanidad, contra la comunidad internacional y contra el derecho de gentes⁴⁴, podemos afirmar que la obligación de esta convención está cumplida.

2.10. Convención sobre la Protección Física de los Materiales Nucleares

Aprobada por ley 23.620 (publicada en el B.O. del 20/10/88).

2.10.1. Introducción. Objetivos de la Convención

Fue firmada y abierta a la firma en Viena y Nueva York el 03 de marzo de 1980.

La convención tiene como finalidad asegurar la utilización de materiales nucleares con fines pacíficos y la sanción, prevención y castigo de su uso delictivo.

⁴³ El art. 41 *quinquies* del C.P. establece: “Cuando alguno de los delitos previstos en este Código hubiere sido cometido con la finalidad de aterrorizar a la población u obligar a las autoridades públicas nacionales o gobiernos extranjeros o agentes de una organización internacional a realizar un acto o abstenerse de hacerlo, la escala se incrementará en el doble del mínimo y el máximo”.

⁴⁴ Lo hace de ese modo un código más moderno como el español (ver el título XXIV de dicho código que comprende los delitos contra la comunidad internacional).



2.10.2. Obligación de tipificar conductas

Surge del **art. 7°** de la Convención que establece:

1. La comisión intencionada de:
 - a. Un acto que consista en recibir, poseer, usar, transferir, alterar, evacuar o dispersar materiales nucleares sin autorización legal, si tal acto causa, o es probable que cause, la muerte o lesiones graves a una persona o daños materiales sustanciales;
 - b. Hurto o robo de materiales nucleares;
 - c. Malversación de materiales nucleares o su obtención mediante fraude;
 - d. Un acto que consista en la exacción de materiales nucleares mediante amenaza o uso de violencia o mediante cualquier otra forma de intimidación;
 - e. Una amenaza de:
 - i. utilizar materiales nucleares para causar la muerte o lesiones graves a una persona o daños materiales sustanciales
 - ii. Cometer uno de los delitos mencionados en el apartado b) a fin de obligar a una persona física o jurídica, a una organización internacional o a un Estado a hacer algo o abstenerse de hacer algo;
 - f. Una tentativa de cometer uno de los delitos mencionados en los apartados a), b) o c) y
 - g. Un acto que consista en participar en cualquiera de los delitos mencionados en los apartados a) a f) será considerada como delito punible por cada Estado Parte en virtud de su legislación nacional.
2. Cada Estado Parte deberá considerar punibles los delitos descritos en el presente artículo mediante la imposición de penas apropiadas que tengan en cuenta la gravedad de su naturaleza.

Está claro que surge de ese artículo la obligación para los Estados Parte de prever una serie de delitos en su legislación interna.

Esta convención tuvo una **enmienda** el 08 de julio de 2005, y que, en lo atinente a la obligación de tipificar delitos, significó una reforma.



Actualmente ese **art. 7°** queda redactado del siguiente modo:

1. La comisión intencionada de:
 - a. un acto que consista en recibir, poseer, usar, transferir, alterar, evacuar o dispersar materiales nucleares sin autorización legal, si tal acto causa, o es probable que cause, la muerte o lesiones;
 - b. hurto o robo de materiales nucleares;
 - c. malversación de materiales nucleares o la obtención de éstos mediante fraude;
 - d. un acto que consista en transportar, enviar o trasladar a un Estado, o fuera de él, materiales nucleares sin autorización legal;
 - e. un acto realizado en perjuicio de una instalación nuclear, o un acto que cause interferencia en la explotación de una instalación nuclear, y en que el autor cause deliberadamente, o sepa que el acto probablemente cause, la muerte o lesiones graves a una persona o sustanciales daños patrimoniales o ambientales por exposición a las radiaciones o a la emisión de sustancias radiactivas, a menos que el acto se realice de conformidad con la legislación nacional del Estado Parte en cuyo territorio esté situada la instalación nuclear;
 - f. un acto que consista en la exacción de materiales nucleares mediante amenaza o uso de la fuerza o mediante cualquier otra forma de intimidación;
 - g. una amenaza de:
 - i. utilizar materiales nucleares con el fin de causar la muerte o lesiones graves a personas o sustanciales daños patrimoniales o ambientales, o de cometer el delito descrito en el apartado e), o
 - ii. cometer uno de los delitos descritos en los apartados b) y e) a fin de obligar a una persona física o jurídica, a una organización internacional o a un Estado a hacer algo o a abstenerse de hacerlo;
 - h. una tentativa de cometer cualquiera de los delitos descritos en los apartados a) a e);
 - i. un acto que consista en participar en cualquiera de los delitos descritos en los apartados a) a h);
 - j. un acto de cualquier persona que organice o dirija a otras para cometer uno de los delitos descritos en los apartados a) a h); y



- k. un acto que contribuya a la comisión de cualquiera de los delitos descritos en los apartados a) a h) por un grupo de personas que actúe con un propósito común. Tal acto tendrá que ser deliberado y:
 - i. llevarse a cabo con el objetivo de fomentar la actividad delictiva o los propósitos delictivos del grupo, cuando esa actividad o propósitos supongan la comisión de uno de los delitos descritos en los apartados a) a g), o
 - ii. llevarse a cabo con conocimiento de la intención del grupo de cometer uno de los delitos descritos en los apartados a) a g);

será considerado como delito punible por cada Estado Parte en virtud de su legislación nacional.

Además, de las modificaciones al artículo que nos interesa puntualmente, esta enmienda cambió el nombre del instrumento que ahora se llama: Convención Para la Protección de los Materiales e Instalaciones Nucleares.

2.10.3. Las previsiones en el código penal argentino

En el código penal argentino encontramos previstos delitos vinculados a los mencionados en esta convención. Además de los delitos de amenazas, coacciones, homicidios, lesiones que puedan relacionarse con los mencionados en la convención, debemos considerar especialmente el delito contemplado en el art. 189 *bis* del C.P. que, en su primera parte, establece:

- (1) El que, con el fin de contribuir a la comisión de delitos contra la seguridad común o causar daños en las máquinas o en la elaboración de productos, adquiriere, fabricare, suministrare, sustrajere o tuviere en su poder bombas, materiales o aparatos capaces de liberar energía nuclear, materiales radiactivos o sustancias nucleares, o sus desechos, isótopos radiactivos, materiales explosivos, inflamables, asfixiantes, tóxicos o biológicamente peligrosos, o sustancias o materiales destinados a su preparación, será reprimido con reclusión o prisión de CINCO (5) a QUINCE (15) años.

La misma pena se impondrá al que, sabiendo o debiendo saber que contribuye a la comisión de delitos contra la seguridad común o destinados



a causar daños en las máquinas o en la elaboración de productos, diere instrucciones para la preparación de sustancias o materiales mencionados en el párrafo anterior.

La simple tenencia de los materiales a los que se refiere el párrafo que antecede, sin la debida autorización legal, o que no pudiese justificarse por razones de su uso doméstico o industrial, será reprimida con prisión de TRES (3) a SEIS (6) años [...].

Se puede advertir que en este artículo se sanciona penalmente la simple tenencia de materiales nucleares. Es más grave la pena si el autor tiene la finalidad de contribuir a la comisión de delitos contra la seguridad común. Y debemos considerar, además, la agravante prevista en el art. 41 *quinquies* cuando el autor tiene la intención de cometer actos de terrorismo.

Esa sanción de toda tenencia de material nuclear abarcaría una gran cantidad de conductas previstas en la convención (texto original) que comentamos. También debemos considerar que se sanciona en el código penal argentino tanto la tentativa (art. 42) como la participación criminal (arts. 45 y 46) de modo que la mayoría de las conductas previstas en la convención ya están tipificadas en el sistema penal argentino.

Solo quedarían pendientes las conductas señaladas por la **enmienda** que tuvo esta convención. Concretamente cuando se refiere a:

[...] un acto realizado en perjuicio de una instalación nuclear, o un acto que cause interferencia en la explotación de una instalación nuclear, y en que el autor cause deliberadamente, o sepa que el acto probablemente cause, la muerte o lesiones graves a una persona o sustanciales daños patrimoniales o ambientales por exposición a las radiaciones o a la emisión de sustancias radiactivas, a menos que el acto se realice de conformidad con la legislación nacional del Estado Parte en cuyo territorio esté situada la instalación nuclear.

Estas serían conductas que no están penadas en el sistema penal argentino.

Sí tienen recepción expresa en otros códigos penales, como, por ejemplo, el español que en sus arts. 341 y siguientes prevé estas conductas⁴⁵.

⁴⁵ El art. 341 del C.P. español establece: “El que libere energía nuclear o elementos radioactivos que pongan en peligro la vida o la salud de las personas o sus bienes, aunque no se produzca explosión, será sancionado con la pena de prisión de quince a veinte años, e inhabilitación especial para empleo o cargo



2.10.4. Conclusiones respecto a la Convención sobre la Protección Física de los Materiales Nucleares y su Enmienda

Como pudimos ver, en el sistema penal argentino están previstos los delitos señalados en la Convención originalmente, no así los incorporados por la enmienda del año 2005.

Por lo tanto, el Estado argentino no ha cumplido con la obligación de tipificar los delitos indicados en la enmienda.

2.11. Convenio Internacional para la Represión de los Atentados Terroristas Cometidos con Bombas

Aprobado por ley 25.762 (publicada en el B.O. del 11/8/03).

2.11.1. Introducción. Objetivos del convenio

Los objetivos del convenio son la prevención, represión y eliminación del terrorismo. Fue firmado en Nueva York, el 12 de enero de 1998.

2.11.2. Disposiciones que obligan a penalizar

Surgen de los arts. 2° y 4° del convenio que definen a los delitos y obligan a los Estados Parte a tipificarlos.

El **art. 2°** establece:

1. Comete delito en el sentido del presente Convenio quien ilícita e intencionadamente entrega, coloca, arroja o detona un artefacto o sustancia explosivo u otro artefacto mortífero en o contra un lugar de uso público, una

público, profesión u oficio por tiempo de diez a veinte años”. El **art. 342** establece: “El que, sin estar comprendido en el artículo anterior, perturbe el funcionamiento de una instalación nuclear o radiactiva, o altere el desarrollo de actividades en las que intervengan materiales o equipos productores de radiaciones ionizantes, creando una situación de grave peligro para la vida o la salud de las personas, será sancionado con la pena de prisión de cuatro a diez años, e inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio por tiempo de seis a diez años”. Como puede verse, en el C.P. español se sigue la redacción de la convención que aquí tratamos.



instalación pública o de gobierno, una red de transporte público o una instalación de infraestructura:

a. Con el propósito de causar la muerte o graves lesiones corporales, o b)
Con el propósito de causar una destrucción significativa de ese lugar, instalación o red que produzca o pueda producir un gran perjuicio económico.

2. También constituirá delito la tentativa de cometer cualquiera de los delitos enunciados en el párrafo 1.

3. También comete delito quien:

a. Participe como cómplice en la comisión de un delito enunciado en los párrafos 1 o 2, o

b. Organice o dirija a otros a los efectos de la comisión del delito enunciado en los párrafos 1 o 2, o

c. Contribuya de algún otro modo a la comisión de uno o más de los delitos enunciados en los párrafos 1 o 2 por un grupo de personas que actúe con un propósito común; la contribución deberá ser intencional y hacerse con el propósito de colaborar con los fines o la actividad delictiva general del grupo o con conocimiento de la intención del grupo de cometer el delito o los delitos de que se trate.

Luego, el **art. 4°** establece:

Cada Estado Parte adoptará las medidas que sean necesarias para:

a. Tipificar, con arreglo a su legislación interna, los actos indicados en el artículo 2° del presente Convenio;

b. Sancionar esos delitos con penas adecuadas en las que se tenga en cuenta su naturaleza grave.

Finalmente, en el **art. 5°** se establece una cláusula de no justificación de estos delitos. El art. 5° establece:

Cada Estado Parte adoptará las medidas que resulten necesarias, incluida, cuando proceda, la adopción de legislación interna, para que los actos criminales comprendidos en el ámbito del presente Convenio, en particular los que obedezcan a la intención o el propósito de crear un estado de terror en la población en general, en un grupo de personas o en determinadas personas, no



puedan justificarse en circunstancia alguna por consideraciones de índole política, filosófica, ideológica, racial, étnica, religiosa u otra similar y sean sancionados con penas acordes a su gravedad.

2.11.3. Código penal argentino

En el código penal argentino existen disposiciones que sancionan este tipo de actos en general. Por una parte, tanto el delito de homicidio simple como el de lesiones se agravan si se cometen con un medio idóneo para generar peligro común (art. 80, inc. 5°, y art. 92 del C.P.). Los medios y formas de cometer el delito descriptos por el art. 2° del convenio estarían incluidos en el concepto de medio idóneo para generar peligro común previsto en el código penal con la pena de prisión perpetua para el homicidio y una pena suficientemente grave en caso de lesiones, según el art. 92 del C.P.

Por otra parte, también en el art. 186 del C.P. se sancionan los delitos de incendio y otros estragos, entre los cuales se considera la utilización de artefactos o sustancias explosivas contra un lugar de uso público y que pudiera causar un peligro común.

Las previsiones del art. 2°, inc. 2°, del convenio se ven previstas por el art. 42 del C.P. argentino que prevé la punición de la tentativa⁴⁶.

Finalmente, las previsiones del párrafo 3° del art. 2° también estarían cubiertas por los arts. 45 y 46 del código penal argentino que prevén la sanción de las distintas formas de participación criminal.

⁴⁶ En relación a este punto, debemos hacer una aclaración. De la redacción utilizada en el convenio surgiría que se pretende penar una tentativa de una tentativa, ya que el párrafo 2° se refiere a la tentativa de cometer cualquiera de los delitos enunciados en el párrafo 1°, y en ese párrafo primero pareciera describirse una tentativa. En realidad, las acciones que se describen en el párrafo 1° no son tentativas, sino delitos de resultado, y las acciones consisten en entregar, colocar, arrojar o detonar los artefactos explosivos con el propósito especial de causar muerte, lesiones corporales graves o una destrucción significativa de ese lugar. Es un delito de resultado, con un elemento subjetivo especial distinto del dolo: la intención de causar la muerte, lesiones o daño, que no es necesario que se produzcan para que el delito se consuma. Sin embargo, sí es necesario que se produzca el resultado entregar, colocar, arrojar o detonar. A partir de allí, el convenio exige que también las tentativas de esas conductas deben ser penadas. Por ello, no sería una *tentativa de tentativa*, sino la tentativa de un delito de resultado. Como en el código penal se admite la tentativa del art. 80, inc. 5°, 92 y 186 del C.P. (causar explosión, que se agrava si se producen determinados resultados), entonces podemos decir que están previstos estos delitos en el código penal argentino también en grado de tentativa.



2.11.4. Conclusiones respecto al Convenio Internacional para la Represión de los Atentados Terroristas Cometidos con Bombas

De acuerdo a lo analizado, el Estado argentino tiene previsto en su legislación interna los distintos delitos que se obliga a tipificar en este convenio, y no es necesario que agregue ninguno más.

2.12. Convención Interamericana Contra la Fabricación y el Tráfico Ilícito de Armas de Fuego, Municiones, Explosivos y otros Materiales Relacionados

Aprobada por ley 25.449 (promulgada el 08/8/01).

2.12.1. Introducción. Objetivos de la Convención

El objetivo de la convención es impedir, combatir y erradicar la fabricación ilícita y el tráfico de armas de fuego, explosivos y otros materiales relacionados. Fue abierta a la firma de los Estados parte de O.E.A., en Washington, el 13 de noviembre de 1997.

2.12.2. Normas que obligan a crear delitos en los Estados Partes

El art. IV de la convención obliga a los Estados Partes a crear delitos en su legislación interna, vinculados a la fabricación y tráfico ilícito de armas y otros materiales relacionados.

El **art. IV** establece:

Artículo IV. Medidas legislativas

1. Los Estados Partes que aún no lo hayan hecho adoptarán las medidas legislativas o de otro carácter que sean necesarias para tipificar como delitos en su derecho interno la fabricación y el tráfico ilícitos de armas de fuego, municiones, explosivos y otros materiales relacionados.
2. A reserva de los respectivos principios constitucionales y conceptos fundamentales de los ordenamientos jurídicos de los Estados Partes, los delitos que se tipifiquen conforme al párrafo anterior incluirán la participación en la comisión de alguno de dichos delitos, la asociación y



la confabulación para cometerlos, la tentativa de cometerlos y la asistencia, la incitación, la facilitación o el asesoramiento en relación con su comisión.

Luego, en el **art. V**, la convención establece normas relativas a la jurisdicción de los Estados sobre estos delitos:

Artículo V. Competencia

1. Cada Estado Parte adoptará las medidas que sean necesarias para declararse competente respecto de los delitos que hayan tipificado de conformidad con esta Convención cuando el delito se cometa en su territorio.
2. Cada Estado Parte podrá adoptar las medidas que sean necesarias para declararse competentes respecto de los delitos que haya tipificado de conformidad con esta Convención cuando el delito sea cometido por uno de sus nacionales o por una persona que tenga residencia habitual en su territorio.
3. Cada Estado Parte adoptará las medidas que sean necesarias para declararse competente respecto de los delitos que haya tipificado de conformidad con esta Convención cuando el presunto delincuente se encuentre en su territorio y no lo extradite a otro país por motivo de la nacionalidad del presunto delincuente.
4. La presente Convención no excluye la aplicación de cualquier otra regla de jurisdicción penal establecida por un Estado Parte en virtud de su legislación nacional.

Sin dudas, la convención obliga a los Estados parte a criminalizar ciertas conductas. Debemos verificar que en el código penal argentino existan estas conductas como delitos.

2.12.3. Las normas del código penal argentino vinculadas a esta convención

En el código penal argentino vamos a encontrar figuras penales relacionadas, en el art. 189 *bis*, que establece:



- (1) El que, con el fin de contribuir a la comisión de delitos contra la seguridad común o causar daños en las máquinas o en la elaboración de productos, adquiriere, fabricare, suministrare, sustrajere o tuviere en su poder bombas, materiales o aparatos capaces de liberar energía nuclear, materiales radiactivos o sustancias nucleares, o sus desechos, isótopos radiactivos, materiales explosivos, inflamables, asfixiantes, tóxicos o biológicamente peligrosos, o sustancias o materiales destinados a su preparación, será reprimido con reclusión o prisión de CINCO (5) a QUINCE (15) años.

La misma pena se impondrá al que, sabiendo o debiendo saber que contribuye a la comisión de delitos contra la seguridad común o destinados a causar daños en las máquinas o en la elaboración de productos, diere instrucciones para la preparación de sustancias o materiales mencionados en el párrafo anterior.

La simple tenencia de los materiales a los que se refiere el párrafo que antecede, sin la debida autorización legal, o que no pudiere justificarse por razones de su uso doméstico o industrial, será reprimida con prisión de TRES (3) a SEIS (6) años.

- (2) La simple tenencia de armas de fuego de uso civil, sin la debida autorización legal, será reprimida con prisión de 6 (SEIS) meses a 2 (DOS) años y multa de MIL PESOS (\$ 1.000.-) a DIEZ MIL PESOS (\$ 10.000.-).

Si las armas fueren de guerra, la pena será de DOS (2) a SEIS (6) años de prisión.

La portación de armas de fuego de uso civil, sin la debida autorización legal, será reprimida con prisión de UN (1) año a CUATRO (4) años.

Si las armas fueren de guerra, la pena será de TRES (3) años y SEIS (6) meses a OCHO (8) años y SEIS (6) meses de reclusión o prisión.

Si el portador de las armas a las cuales se refieren los dos párrafos que anteceden, fuere tenedor autorizado del arma de que se trate, la escala penal correspondiente se reducirá en un tercio del mínimo y del máximo.

La misma reducción prevista en el párrafo anterior podrá practicarse cuando, por las circunstancias del hecho y las condiciones personales



del autor, resultare evidente la falta de intención de utilizar las armas portadas con fines ilícitos.

En los dos casos precedentes, se impondrá, además, inhabilitación especial por el doble del tiempo de la condena.

El que registrare antecedentes penales por delito doloso contra las personas o con el uso de armas, o se encontrare gozando de una excarcelación o exención de prisión anterior y portare un arma de fuego de cualquier calibre, será reprimido con prisión de CUATRO (4) a DIEZ (10) años.

- (3) El acopio de armas de fuego, piezas o municiones de éstas, o la tenencia de instrumental para producirlas, sin la debida autorización, será reprimido con reclusión o prisión de CUATRO (4) a DIEZ (10) años.

El que hiciere de la fabricación ilegal de armas de fuego una actividad habitual será reprimido con reclusión o prisión de CINCO (5) a DIEZ (10) años.

- (4) Será reprimido con prisión de UN (1) año a SEIS (6) años el que entregare un arma de fuego, por cualquier título, a quien no acreditare su condición de legítimo usuario.

La pena será de TRES (3) años y SEIS (6) meses a DIEZ (10) años de prisión si el arma fuera entregada a un menor de DIECIOCHO (18) años.

Si el autor hiciere de la provisión ilegal de armas de fuego una actividad habitual, la pena será de CUATRO (4) a QUINCE (15) años de reclusión o prisión.

Si el culpable de cualquiera de las conductas contempladas en los tres párrafos anteriores contare con autorización para la venta de armas de fuego, se le impondrá, además, inhabilitación especial absoluta y perpetua, y multa de DIEZ MIL PESOS (\$ 10.000.-).

- (5) Será reprimido con prisión de TRES (3) a OCHO (8) años e inhabilitación especial por el doble del tiempo de la condena el que, contando con la debida autorización legal para fabricar armas, omitiere su número o grabado conforme a la normativa vigente, o asignare a DOS (2) o más armas idénticos números o grabados.

En la misma pena incurrirá el que adulterare o suprimiere el número o el grabado de un arma de fuego.



Como puede advertirse, del art. 189 *bis* surge que las conductas exigidas por la convención, están previstas en el código penal argentino que sanciona ya la tenencia ilícita de armas de fuego en general. Pero, además, sanciona la fabricación de armas (inc. 3°) cuando se trate de una conducta habitual. En relación a la fabricación de explosivos y materiales relacionados, está prevista la conducta en el inc. 1°.

También el asesoramiento en su preparación está sancionado en el inc. 1°, párrafo tercero. La tentativa está penada por el art. 42, y las formas de participación criminal por los arts. 45 y 46. La asociación para cometer estos delitos, por vía del art. 210.

Como podemos ver, todas las conductas impuestas por la convención están previstas como delitos en el código penal argentino.

Aparte de verificar la existencia de estos delitos, debemos señalar que del art. V de la convención surge la obligación para el Estado argentino de ampliar su *jurisdicción*, cuando se trate de nacionales suyos que cometan estos hechos en otros Estados.

Al respecto, nuestro código penal —como hemos visto— prevé en el art. 1° las reglas sobre aplicación de la ley penal en el espacio, y no contempla allí la aplicación del principio de nacionalidad (ni activa, ni pasiva). Es por ello que el Estado argentino no ha cumplido con esta obligación especial surgida de la convención. Debería admitir el principio de nacionalidad activa, es decir, aplicar el código penal también cuando un ciudadano argentino cometa estos hechos en otro Estado.

Una interpretación posible de dar por cumplida esta obligación, podría ser entender que cuando el art. 1°, inc. 1°, del C.P. se refiere a los *efectos* se interprete que podría aplicarse el código penal en esos casos⁴⁷. De ser así, la obligación en relación a este punto, también estaría cumplida.

Sin embargo, así como se agregó en el inc. 3° del art. 1° del C.P. argentino la ampliación a los casos de soborno transnacional, también debería agregarse expresamente la jurisdicción para todos estos delitos surgidos de los instrumentos internacionales.

Vale destacar que el proyecto de código 2018 prevé estos casos en su art. 1° de modo de cumplir con todos los tratados e instrumentos internacionales que obligan al

⁴⁷ Los efectos serían que, de no juzgarse el caso, el Estado nacional estaría incumpliendo sus obligaciones surgidas de este instrumento.



Estado argentino a extender su jurisdicción⁴⁸. De esa manera, se cumple con las disposiciones de este y todos los tratados e instrumentos que obliguen al Estado argentino a ampliar su jurisdicción.

2.12.4. Conclusiones en relación a la Convención Interamericana Contra la Fabricación y el Tráfico Ilícito de Armas de Fuego, Municiones, Explosivos y otros Materiales Relacionados

El Estado argentino ha cumplido con la previsión en su derecho interno de crear todas las conductas delictivas impuestas por la convención, pero no ha previsto el sistema especial de jurisdicción en relación a estos delitos (principio de nacionalidad activa).

2.13. Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo

Aprobado por ley 26.024 (publicada en el B.O. del 19/04/05).

⁴⁸ El **art. 1° del proyecto de código penal de 2018** establece: “Este código se aplicará: (1°) Por delitos cometidos o cuyos efectos deban producirse en el territorio de la Nación Argentina, o en los lugares sometidos a su jurisdicción. (2°) Por delitos cometidos en el extranjero por agentes o empleados de autoridades argentinas en desempeño de su cargo. (3°) Por delitos cometidos en el extranjero por nacionales argentinos o contra ellos, si se tratare de delitos previstos en Tratados o Convenciones Internacionales como pasibles de extradición y respecto de los cuales la Nación Argentina haya asumido el compromiso de su juzgamiento. (4°) Por delitos cometidos en el extranjero por nacionales argentinos o contra ellos, en los supuestos no comprendidos en el primer párrafo del inciso 3° de este artículo, pero que según los tratados o convenciones internacionales puedan ser juzgados en la República Argentina [...]”. Por otra parte, el **proyecto de código penal de 2013** prevé algunas modificaciones, pero entendemos que no alcanzan para cumplir con las disposiciones en esta materia que imponen los instrumentos internacionales. El **art. 2°** de ese proyecto señalaba: “Ámbito de aplicación. Este Código se aplicará a los delitos: (a) *Territorialidad*. En que la conducta o el resultado tengan lugar en el territorio de la Nación Argentina o en los lugares sometidos a su jurisdicción. (b) *Real o de defensa*. Que afecten bienes jurídicos que se hallen en el territorio de la Nación Argentina. (c) *Funcional*. Cometidos en el extranjero por agentes o empleados de autoridades nacionales en desempeño de su cargo, según lo que disponga el derecho internacional. (d) *Universal y otros*. Cometidos en el extranjero y que conforme al derecho internacional deban o puedan ser juzgados por los tribunales nacionales. (e) *Personalidad pasiva*. Cometidos en el extranjero contra ciudadanos argentinos, que lesionen sus bienes personalísimos y no hayan sido juzgados en el lugar de comisión, con previa anuencia del Poder Ejecutivo Nacional”. La referencia que tiene este proyecto a los delitos cometidos en el extranjero y que conforme al derecho internacional deban o puedan ser juzgados en Argentina (inc. d) no comprendería lo que indica la convención que analizamos. Por ello, sería más adecuada una norma como la del proyecto 2018.



2.13.1. Introducción. Objetivos de la Convención

Fue firmada en la sede de las Naciones Unidas, Nueva York, el 10 de enero de 2000. Los objetivos de la convención son elaborar y adoptar medidas eficaces y prácticas para prevenir la financiación del terrorismo y reprimirlo mediante el enjuiciamiento y castigo de los autores.

2.13.2. Disposiciones que obligan a criminalizar

Surgen del art. 2° y 4° de la convención, que definen los delitos e imponen a los Estados Parte la obligación de preverlos en su legislación interna.

El **art. 2°** de la convención establece:

1. Comete delito en el sentido del presente Convenio quien por el medio que fuere, directa o indirectamente, ilícita y deliberadamente, provea o recolecte fondos con la intención de que se utilicen, o a sabiendas de que serán utilizados, en todo o en parte, para cometer:
 - a. Un acto que constituya un delito comprendido en el ámbito de uno de los tratados enumerados en el anexo y tal como esté definido en ese tratado;
 - b. Cualquier otro acto destinado a causar la muerte o lesiones corporales graves a un civil o a cualquier otra persona que no participe directamente en las hostilidades en una situación de conflicto armado, cuando, el propósito de dicho acto, por su naturaleza o contexto, sea intimidar a una población u obligar a un gobierno o a una organización internacional a realizar un acto o a abstenerse de hacerlo.

2.
 - a. Al depositar su instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión al presente Convenio, un Estado que no sea parte en alguno de los tratados enumerados en el anexo podrá declarar que, en la aplicación del presente Convenio a ese Estado Parte, el tratado no se considerará incluido en el anexo mencionado en el apartado a) del párrafo 1. La declaración quedará sin efecto tan pronto como el tratado entre en vigor para el Estado Parte, que notificará este hecho al depositario;



1. Cada Estado Parte, de conformidad con sus principios jurídicos internos, adoptará las medidas necesarias para que pueda establecerse la responsabilidad de una entidad jurídica ubicada en su territorio o constituida con arreglo a su legislación, cuando una persona responsable de su dirección o control cometa, en esa calidad, un delito enunciado en el artículo 2°. Esa responsabilidad podrá ser penal, civil o administrativa.
2. Se incurrirá en esa responsabilidad sin perjuicio de la responsabilidad penal de las personas físicas que hayan cometido los delitos.
3. Cada Estado Parte velará en particular por que las entidades jurídicas responsables de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 1 estén sujetas a sanciones penales, civiles o administrativas eficaces, proporcionadas y disuasorias. Tales sanciones podrán incluir sanciones de carácter monetario.

Por último, y al igual que los instrumentos anteriores, también en esta Convención se establece la obligación de los Estados Parte de no justificar este tipo de conductas criminales. El **art. 6°** establece:

Cada Estado Parte adoptará las medidas que resulten necesarias, incluida, cuando proceda, la adopción de legislación interna, para asegurar que los actos criminales comprendidos en el ámbito del presente Convenio no puedan justificarse en circunstancia alguna por consideraciones de índole política, filosófica, ideológica, racial, étnica, religiosa u otra similar.

2.13.3. Disposiciones relacionadas en el código penal argentino

En el código penal argentino encontramos el **art. 306** (incorporado por ley 26.734 del año 2011) que establece:

1. Será reprimido con prisión de cinco a quince años y multa de dos a diez veces del monto de la operación, el que directa o indirectamente recolectare o proveyere bienes o dinero, con la intención de que se utilicen, o a sabiendas de que serán utilizados, en todo o en parte:
 - a. Para financiar la comisión de un delito con la finalidad establecida en el artículo 41 *quinquies*;
 - b. Por una organización que cometa o intente cometer o delitos con la finalidad establecida en el artículo 41 *quinquies*;



- c. Por un individuo que cometa, intente cometer o participe de cualquier modo en la comisión de delitos con la finalidad establecida en el artículo 41 *quinquies*.
2. Las penas establecidas se aplicarán independientemente del acaecimiento del delito al que se destinara el financiamiento y, si éste se cometiere, aún si los bienes o el dinero no fueran utilizados para su comisión.
3. Si la escala penal prevista para el delito que se financia o pretende financiar fuera menor que la establecida en este artículo, se aplicará al caso la escala penal del delito que se trate.
4. Las disposiciones de este artículo regirán aún cuando el ilícito penal que se pretende financiar tuviere lugar fuera del ámbito de aplicación espacial de este Código, o cuando en el caso del inciso b) y c) la organización o el individuo se encontraren fuera del territorio nacional, en tanto el hecho también hubiera estado sancionado con pena en la jurisdicción competente para su juzgamiento.

En primer lugar, recordemos que el **art. 41 *quinquies*** del C.P. argentino⁴⁹ (incorporado al código por esta misma ley 26.734) agrega una agravante genérica para todos los delitos cuando se cometa con una finalidad terrorista. De modo que, cuando este art. 306 del C.P. hace referencia a la finalidad del art. 41 *quinquies*, se entiende la finalidad terrorista.

Las exigencias de los párrafos 4° y 5° del art. 2° de la convención, están contempladas en las reglas generales de la tentativa y participación previstas en los **arts. 42, 45 y 46** del código penal argentino, en virtud de las cuales se sancionan también las tentativas y toda forma de participación criminal.

Las exigencias del art. 5° de la convención, también están cubiertas en la legislación interna con la disposición general del **art. 313** del código penal argentino que establece:

⁴⁹ **Art. 41 *quinquies* del C.P. argentino:** “Cuando alguno de los delitos previstos en este Código hubiere sido cometido con la finalidad de aterrorizar a la población u obligar a las autoridades públicas nacionales o gobiernos extranjeros o agentes de una organización internacional a realizar un acto o abstenerse de hacerlo, la escala se incrementará en el doble del mínimo y el máximo.- Las agravantes previstas en este artículo no se aplicarán cuando el o los hechos de que se traten tuvieran lugar en ocasión del ejercicio de derechos humanos y/o sociales de cualquier otro derecho constitucional”.



Cuando los hechos delictivos previstos en los artículos precedentes hubieren sido realizados en nombre, o con la intervención, o en beneficio de una persona de existencia ideal, se aplicarán las disposiciones previstas en el artículo 304 del Código Penal.

Cuando se trate de personas jurídicas que hagan una oferta pública de valores negociables, las sanciones deberán ser aplicadas cuidando de no perjudicar a los accionistas o titulares de los títulos respectivos a quienes no quepa atribuir responsabilidad en el hecho delictivo. A ese fin deberá escucharse al órgano de fiscalización de la sociedad.

Cuando la persona jurídica se encuentre concursada las sanciones no podrán aplicarse en detrimento de los derechos y privilegios de los acreedores por causa o título anterior al hecho delictivo. A ese fin deberá escucharse al síndico del concurso.

De esta manera, se prevé también la sanción a las personas jurídicas por la posible comisión de estos delitos en el código penal argentino.

Finalmente, vale aclarar que no existen disposiciones que pudieran justificar la comisión de los delitos mencionados, tal como lo exige el art. 6° del convenio.

2.13.4. Conclusiones respecto del Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo

El Estado argentino, al sancionar la ley 26.734 del año 2011, ha cumplido con todas las exigencias del convenio mencionado, de manera que no hay delitos que quedan pendientes de tipificación.

2.14. Convención Internacional contra la Delincuencia Organizada Transnacional

Aprobada por ley 25.632 (publicada en el B.O. del 30/8/02).

2.14.1. Introducción. Objetivos de la Convención

La convención tiene como finalidad prevenir y combatir más eficazmente la delincuencia organizada transnacional.



2.14.2. Obligaciones de criminalizar impuestas por la convención

De los arts. 5°, 6°, 8° y 23 surgen las obligaciones para los Estados Partes, de criminalizar ciertas conductas.

El art. 5° establece:

Penalización de la participación en un grupo delictivo organizado.

1. Cada Estado Parte adoptará las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente:
 - a. Una de las conductas siguientes, o ambas, como delitos distintos de los que entrañen el intento o la consumación de la actividad delictiva:
 - i. El acuerdo con una o más personas de cometer un delito grave con un propósito que guarde relación directa o indirecta con la obtención de un beneficio económico u otro beneficio de orden material y, cuando así lo prescriba el derecho interno, que entrañe un acto perpetrado por uno de los participantes para llevar adelante ese acuerdo o que entrañe la participación de un grupo delictivo organizado;
 - ii. La conducta de toda persona que, a sabiendas de la finalidad y actividad delictiva general de un grupo delictivo organizado o de su intención de cometer los delitos en cuestión, participe activamente en:
 - a. Actividades ilícitas del grupo delictivo organizado;
 - b. Otras actividades del grupo delictivo organizado, a sabiendas de que su participación contribuirá al logro de la finalidad delictiva antes descrita;
 - b. La organización, dirección, ayuda, incitación, facilitación o asesoramiento en aras de la comisión de un delito grave que entrañe la participación de un grupo delictivo organizado
2. El conocimiento, la intención, la finalidad, el propósito o el acuerdo a que se refiere el párrafo 1° del presente artículo podrán inferirse de circunstancias fácticas objetivas.
3. Los Estados Parte cuyo derecho interno requiera la participación de un grupo delictivo organizado para la penalización de los delitos tipificados con arreglo al inciso i) del apartado a) del párrafo 1 del presente artículo velarán por que su derecho interno comprenda todos los delitos graves que entrañen la participación de grupos delictivos organizados. Esos Estados Parte, así



como los Estados Parte cuyo derecho interno requiera la comisión de un acto que tenga por objeto llevar adelante el acuerdo concertado con el propósito de cometer los delitos tipificados con arreglo al inciso i) del apartado a) del párrafo 1 del presente artículo, lo notificarán al Secretario General de las Naciones Unidas en el momento de la firma o del depósito de su instrumento de ratificación, aceptación o aprobación de la presente Convención o de adhesión a ella.

El art. 6° establece:

Penalización del blanqueo del producto del delito

1. Cada Estado Parte adoptará, de conformidad con los principios fundamentales de su derecho interno, las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente:
 - a.
 - i. La conversión o la transferencia de bienes, a sabiendas de que esos bienes son producto del delito, con el propósito de ocultar o disimular el origen ilícito de los bienes o ayudar a cualquier persona involucrada en la comisión del delito determinante a eludir las consecuencias jurídicas de sus actos;
 - ii. La ocultación o disimulación de la verdadera naturaleza, origen, ubicación, disposición, movimiento o propiedad de bienes o del legítimo derecho a éstos, a sabiendas de que dichos bienes son producto del delito;
 - b. Con sujeción a los conceptos básicos de su ordenamiento jurídico:
 - i. La adquisición, posesión o utilización de bienes, a sabiendas, en el momento de su recepción, de que son producto del delito;
 - ii. La participación en la comisión de cualesquiera de los delitos tipificados con arreglo al presente artículo, así como la asociación y la confabulación para cometerlos, el intento de cometerlos, y la ayuda, la incitación, la facilitación y el asesoramiento en aras de su comisión.
2. Para los fines de la aplicación o puesta en práctica del párrafo 1° del presente artículo:



- a. Cada Estado Parte velará por aplicar el párrafo 1° del presente artículo a la gama más amplia posible de delitos determinantes;
- b. Cada Estado Parte incluirá como delitos determinantes todos los delitos graves definidos en el artículo 2° de la presente Convención y los delitos tipificados con arreglo a los artículos 5°, 8° y 23 de la presente Convención. Los Estados Parte cuya legislación establezca una lista de delitos determinantes incluirán entre éstos, como mínimo, una amplia gama de delitos relacionados con grupos delictivos organizados;
- c. A los efectos del apartado b), los delitos determinantes incluirán los delitos cometidos tanto dentro como fuera de la jurisdicción del Estado Parte interesado. No obstante, los delitos cometidos fuera de la jurisdicción de un Estado Parte constituirán delito determinante siempre y cuando el acto correspondiente sea delito con arreglo al derecho interno del Estado en que se haya cometido y constituyese asimismo delito con arreglo al derecho interno del Estado Parte que aplique o ponga en práctica el presente artículo si el delito se hubiese cometido allí;
- d. Cada Estado Parte proporcionará al Secretario General de las Naciones Unidas una copia de sus leyes destinadas a dar aplicación al presente artículo y de cualquier enmienda ulterior que se haga a tales leyes o una descripción de ésta;
- e. Si así lo requieren los principios fundamentales del derecho interno de un Estado Parte, podrá disponerse que los delitos tipificados en el párrafo 1 del presente artículo no se aplicarán a las personas que hayan cometido el delito determinante;
- f. El conocimiento, la intención o la finalidad que se requieren como elemento de un delito tipificado en el párrafo 1 del presente artículo podrán inferirse de circunstancias fácticas objetivas.

El **art. 8°** establece:

Penalización de la corrupción.

1. Cada Estado Parte adoptará las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente:
 - a. La promesa, el ofrecimiento o la concesión a un funcionario público, directa o indirectamente, de un beneficio indebido que



- redunde en su propio provecho o en el de otra persona o entidad, con el fin de que dicho funcionario actúe o se abstenga de actuar en el cumplimiento de sus funciones oficiales;
- b. La solicitud o aceptación por un funcionario público, directa o indirectamente, de un beneficio indebido que redunde en su propio provecho o en el de otra persona o entidad, con el fin de que dicho funcionario actúe o se abstenga de actuar en el cumplimiento de sus funciones oficiales.
2. Cada Estado Parte considerará la posibilidad de adoptar las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito los actos a que se refiere el párrafo 1° del presente artículo cuando esté involucrado en ellos un funcionario público extranjero o un funcionario internacional. Del mismo modo, cada Estado Parte considerará la posibilidad de tipificar como delito otras formas de corrupción.
 3. Cada Estado Parte adoptará también las medidas que sean necesarias para tipificar como delito la participación como cómplice en un delito tipificado con arreglo al presente artículo.
 4. A los efectos del párrafo 1° del presente artículo y del artículo 9° de la presente Convención, por “funcionario público” se entenderá todo funcionario público o persona que preste un servicio público conforme a la definición prevista en el derecho interno y a su aplicación con arreglo al derecho penal del Estado Parte en el que dicha persona desempeñe esa función.

Finalmente, **el art. 23** establece:

Penalización de la obstrucción de la justicia

Cada Estado Parte adoptará las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente:

- a. El uso de fuerza física, amenazas o intimidación, o la promesa, el ofrecimiento o la concesión de un beneficio indebido para inducir a falso testimonio u obstaculizar la prestación de testimonio o la aportación de pruebas en un proceso en relación con la comisión de uno de los delitos comprendidos en la presente Convención;



- b. El uso de fuerza física, amenazas o intimidación para obstaculizar el cumplimiento de las funciones oficiales de un funcionario de la justicia o de los servicios encargados de hacer cumplir la ley en relación con la comisión de los delitos comprendidos en la presente Convención. Nada de lo previsto en el presente apartado menoscabará el derecho de los Estados Parte a disponer de legislación que proteja a otras categorías de funcionarios públicos.

En estos cuatro artículos se establece la obligación de criminalizar conductas vinculadas a distintos delitos.

2.14.3. Las disposiciones del código penal argentino en relación a estas conductas delictivas

Vamos a analizar cada una de las conductas señaladas en la convención, y vinculándolas con los distintos artículos del código penal que tienen relación, para verificar que se haya cumplido la obligación del Estado argentino en relación a esta convención.

2.14.3.a. La obligación que surge del art. 5° de la Convención: participación en un grupo delictivo organizado

La figura más cercana a la que describe la convención, en el código penal argentino, parece ser la de asociación ilícita prevista en el **art. 210 del C.P.** que establece:

Será reprimido con prisión o reclusión de tres a diez años el que tomare parte en una asociación o banda de tres o más personas destinada a cometer delitos por el solo hecho de ser miembro de la asociación. Para los jefes u organizadores de la asociación el mínimo de la pena será de cinco años de prisión o reclusión.

El **art. 210 bis del C.P.** establece:

Se impondrá reclusión o prisión de cinco a veinte años al que tomare parte, cooperare o ayudare a la formación o al mantenimiento de una asociación ilícita destinada a cometer delitos cuando la acción contribuya a poner en peligro la



vigencia de la Constitución Nacional, siempre que ella reúna por lo menos dos de las siguientes características:

- a. Estar integrada por diez o más individuos;
- b. Poseer una organización militar o de tipo militar;
- c. Tener estructura celular;
- d. Disponer de armas de guerra o explosivos de gran poder ofensivo;
- e. Operar en más de una de las jurisdicciones políticas del país;
- f. Estar compuesta por uno o más oficiales o suboficiales de las fuerzas armadas o de seguridad;
- g. Tener notorias conexiones con otras organizaciones similares existentes en el país o en el exterior;
- h. Recibir algún apoyo, ayuda o dirección de funcionarios públicos.

En el art. 210 está prevista la figura de asociación ilícita, y en el art. 210 *bis* las agravantes para la asociación ilícita.

Si bien no coincide exactamente, la figura prevista en el art. 210 es más amplia que la impuesta por la convención en el art. 5.1.a y la comprende.

En el caso de la conducta que la convención describe en el art. 5.1.b sólo podría admitirse la punición en nuestro sistema penal en la medida en que se requieran los mismos elementos que la asociación ilícita. La doctrina penal ha sido muy crítica con la figura de asociación ilícita ya que puede afectar principios constitucionales, concretamente el principio de *lesividad*. Al adelantarse tanto el momento de la punición en el *iter criminis*, es dudoso que pueda admitirse un mayor adelanto como parece proponer el art. 5.1.b de la convención. Por otra parte, tampoco existe precisión en la descripción de la conducta típica, y ello podría implicar una afectación al principio de *legalidad* en su forma de *ley cierta*.

Entendemos que no se podría crear otra figura penal en el sistema penal argentino que se aleje más del momento de lesión del bien jurídico. La figura del art. 210 y 210 *bis* son lo máximo que podría admitir el principio de lesividad y legalidad⁵⁰.

Por ello, el Estado argentino no está obligado a penar más allá de lo que hace con el art. 210 y 210 *bis* del C.P.

⁵⁰ Como ya se indicó, podrían incluso ya ser inconstitucionales esos delitos.



En resumen: No hay incumplimiento del Estado argentino en relación a estos delitos que prevé la convención en el art. 5°.

2.14.3.b. Los delitos del art. 6° de la Convención: El blanqueo del producto del delito

En relación a los delitos descriptos por la convención en este art. 6°, debemos cotejarlos con los artículos que nuestro código penal tiene actualmente previstos en los arts. 303, 207 y 210.

El art. 6° de la convención pretende no dejar fuera de la punición ninguna conducta que se aproxime a los actos de lavado y encubrimiento de bienes de origen delictivo. El **art. 303** del C.P. establece:

1. Será reprimido con prisión de tres (3) a diez (10) años y multa de dos (2) a diez (10) veces del monto de la operación, el que convirtiere, transfiriere, administrare, vendiere, gravare, disimulare o de cualquier otro modo pusiere en circulación en el mercado, bienes provenientes de un ilícito penal, con la consecuencia posible de que el origen de los bienes originarios o los subrogantes adquieran la apariencia de un origen lícito, y siempre que su valor supere la suma de pesos trescientos mil (\$ 300.000), sea en un solo acto o por la reiteración de hechos diversos vinculados entre sí.
2. La pena prevista en el inciso 1 será aumentada en un tercio del máximo y en la mitad del mínimo, en los siguientes casos:
 - a. Cuando el autor realizare el hecho con habitualidad o como miembro de una asociación o banda formada para la comisión continuada de hechos de esta naturaleza;
 - b. Cuando el autor fuera funcionario público que hubiera cometido el hecho en ejercicio u ocasión de sus funciones. En este caso, sufrirá además pena de inhabilitación especial de tres (3) a diez (10) años. La misma pena sufrirá el que hubiere actuado en ejercicio de una profesión u oficio que requirieran habilitación especial.
3. El que recibiere dinero u otros bienes provenientes de un ilícito penal, con el fin de hacerlos aplicar en una operación de las previstas en el inciso 1, que les dé la apariencia posible de un origen lícito, será reprimido con la pena de prisión de seis (6) meses a tres (3) años.



4. Si el valor de los bienes no superare la suma indicada en el inciso 1, el autor será reprimido con la pena de prisión de seis (6) meses a tres (3) años.
5. Las disposiciones de este artículo regirán aun cuando el ilícito penal precedente hubiera sido cometido fuera del ámbito de aplicación espacial de este Código, en tanto el hecho que lo tipificara también hubiera estado sancionado con pena en el lugar de su comisión.

Además, el art. 304 del código penal argentino establece la responsabilidad penal de las personas jurídicas en caso de que los delitos se hubieren realizado en su nombre, con su intervención o en su beneficio.

El art. 305 establece la posibilidad del decomiso de los bienes objeto o producto del delito.

El art. 303 abarca las conductas descriptas en el art. 6.1.a.

Luego, el **art. 277** del código penal argentino establece:

1. Será reprimido con prisión de seis (6) meses a tres (3) años el que, tras la comisión de un delito ejecutado por otro, en el que no hubiera participado:
 - a. Ayudare a alguien a eludir las investigaciones de la autoridad o a sustraerse a la acción de ésta.
 - b. Ocultare, alterare o hiciere desaparecer los rastros, pruebas o instrumentos del delito, o ayudare al autor o partícipe a ocultarlos, alterarlos o hacerlos desaparecer.
 - c. Adquiriere, recibiere u ocultare dinero, cosas o efectos provenientes de un delito.
 - d. No denunciare la perpetración de un delito o no individualizare al autor o partícipe de un delito ya conocido, cuando estuviere obligado a promover la persecución penal de un delito de esa índole.
 - e. Asegurare o ayudare al autor o partícipe a asegurar el producto o provecho del delito.
2. En el caso del inciso 1, c), precedente, la pena mínima será de un (1) mes de prisión, si, de acuerdo con las circunstancias, el autor podía sospechar que provenían de un delito.
3. La escala penal será aumentada al doble de su mínimo y máximo, cuando:



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

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

4. Están exentos de responsabilidad criminal los que hubieren obrado en favor del cónyuge, de un pariente cuyo vínculo no excediere del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad o de un amigo íntimo o persona a la que se debiese especial gratitud. La exención no rige respecto de los casos del inciso 1, e) y del inciso 3, b) y c).

En este artículo del código penal están previstas distintas modalidades de encubrimiento, entre ellas la de receptación dolosa (inc. 1.c) que exige el art. 6.1.b.i de la convención.

También el supuesto previsto en el inc. 1.b prevé la conducta señalada por la convención en el art. 6.1.a.ii.

Luego, las conductas señaladas por la convención en el art. 6.1.b.ii estaría cubierta por las reglas generales de la participación criminal en el código penal argentino (arts. 45, 46) y por la figura de la asociación ilícita (art. 210).

En el arts. 6.2.a y b la convención señala que los Estados Parte velarán para que se aplique el delito de lavado o blanqueo de bienes a la gama más amplia posible de delitos determinantes. Vale aclarar al respecto, que el art. 303 del código penal argentino es aplicable a cualquier delito previo, de modo que se ha cumplido también con esa disposición de la convención.

El art. 6.2.c obliga a los Estados Parte a incluir a los fines de este delito de lavado de activos, también a los delitos previos (determinantes) cometidos fuera de su jurisdicción, siempre que el acto sea considerado delito de acuerdo al derecho interno del



Estado en que se haya cometido. En relación a este punto, también se ha previsto esta circunstancia en el código penal argentino, en el art. 303, inc. 5°.

En resumen: las conductas que la convención obliga a tipificar en su art. 6°, están previstas en estos artículos del código penal argentino. El Estado argentino ha cumplido también con las exigencias del art. 6°.

2.14.3.c. Los delitos del art. 8° de la Convención: actos de corrupción

Veamos cuáles son en el código penal argentino, los delitos que se vinculan con las figuras que impone la convención en su art. 8°.

En el código penal argentino encontramos —entre los delitos contra la administración pública (Título XI, capítulo VI)— los arts. 256, 257, 258 y 259 que prevén estas conductas.

El art. 256 del C.P. (cohecho pasivo) establece:

Será reprimido con reclusión o prisión de uno a seis años e inhabilitación especial perpetua, el funcionario público que por sí o por persona interpuesta, recibiere dinero o cualquier otra dádiva o aceptare una promesa directa o indirecta, para hacer, retardar o dejar de hacer algo relativo a sus funciones.

El art. 257 del C.P. (cohecho pasivo agravado) establece:

Será reprimido con prisión o reclusión de cuatro a doce años e inhabilitación especial perpetua, el magistrado del Poder Judicial o del Ministerio Público que por sí o por persona interpuesta, recibiere dinero o cualquier otra dádiva o aceptare una promesa directa o indirecta para emitir, dictar, retardar u omitir dictar una resolución, fallo o dictamen, en asuntos sometidos a su competencia.

El art. 258 del C.P. (cohecho activo) establece:

Será reprimido con prisión de uno a seis años, el que directa o indirectamente diere u ofreciere dádivas en procura de alguna de las conductas reprimidas por los artículos 256 y 256 *bis*, primer párrafo. Si la dádiva se hiciera u ofreciere con el fin de obtener alguna de las conductas tipificadas en los artículos 256 *bis*, segundo párrafo y 257, la pena será de reclusión o prisión de dos a seis años. Si



el culpable fuere funcionario público, sufrirá además inhabilitación especial de dos a seis años en el primer caso y de tres a diez años en el segundo.

El art. 258 bis del C.P. (soborno transnacional) establece:

Será reprimido con prisión de uno a seis años e inhabilitación especial perpetua para ejercer la función pública el que, directa o indirectamente, ofreciere, prometiére u otorgare, indebidamente, a un funcionario público de otro Estado o de una organización pública internacional, ya sea en su beneficio o de un tercero, sumas de dinero o cualquier objeto de valor pecuniario u otras compensaciones tales como dádivas, favores, promesas o ventajas, a cambio de que dicho funcionario realice u omita realizar un acto relacionado con el ejercicio de sus funciones públicas, o para que haga valer la influencia derivada de su cargo, en un asunto vinculado a una transacción de naturaleza económica, financiera o comercial.

Se entenderá por funcionario público de otro Estado, o de cualquier entidad territorial reconocida por la Nación Argentina, a toda persona que haya sido designada o electa para cumplir una función pública, en cualquiera de sus niveles o divisiones territoriales de gobierno, o en otra clase de organismo, agencia o empresa pública en donde dicho Estado ejerza una influencia directa o indirecta.

El art. 259 del C.P. (aceptación de dádivas) establece:

Será reprimido con prisión de un mes a dos años e inhabilitación absoluta de uno a seis años, el funcionario público que admitiere dádivas, que fueran entregadas en consideración a su oficio, mientras permanezca en el ejercicio del cargo. El que presentare y ofreciere la dádiva será reprimido con prisión de un mes a un año.

Como podemos ver, las conductas del art. **8.1.a** de la convención, están previstas en el art. 258 del código penal, llamado cohecho activo que abarca al que directa o indirectamente realice esas conductas. Asimismo, se prevén agravantes cuando el funcionario público fuera perteneciente al Poder Judicial o Ministerios Públicos.

Las conductas del art. **8.1.b** de la convención están previstas (en parte) en el art. 256 (figura básica) y 257 (agravado). Si se observa con atención, la conducta del art. 256



que prevé el cohecho pasivo, sólo está prevista cuando el funcionario recibe el dinero o acepta la promesa, pero no está prevista cuando solicita el beneficio indebido, que es una de las modalidades que menciona la convención: “...**La solicitud** o aceptación...”.

Esta conducta del funcionario público de solicitar la concesión de un beneficio (dinero o cualquier otra dádiva) podría, en ciertos casos, considerarse una tentativa del delito del art. 256. Sin embargo, lo que la convención obliga a penalizar es algo distinto y más abarcativo que la tentativa del art. 256. La convención habla de la mera solicitud de parte del funcionario al particular para realizar o abstenerse de hacer algo relativo a sus funciones.

Sí está previsto como delito en el código penal argentino, las llamadas exacciones ilegales en el **art. 266** que establece:

Será reprimido con prisión de uno a cuatro años e inhabilitación especial de uno a cinco años, el funcionario público que, abusando de su cargo, solicitare, exigiere o hiciere pagar o entregar indebidamente por sí o por interpuesta persona, una contribución, un derecho o una dádiva o cobrase mayores derechos que los que corresponden.

Se aplicará también multa de dos a cinco veces del monto de la exacción.

En este caso, sí está prevista la *solicitud* de parte del funcionario. Pero, como puede advertirse, es necesario que el funcionario en este caso *abuse de su cargo*⁵¹. No existe un acuerdo entre las partes, como en el caso del art. 256 y 258. En este caso de las exacciones, se trata de una especie de extorsión, en la que el autor abusa de su función pública —y el temor que ello puede generar en el particular a quien solicita la contribución— para solicitar la contribución o dádiva.

Por ello, podemos afirmar que una pequeña parte de la conducta prevista en el art. 8.1.b de la convención no está prevista como delito en el código penal argentino: la mera solicitud del funcionario público (sin abuso del cargo) de un beneficio indebido para hacer o dejar de hacer algo relativo a sus funciones⁵².

⁵¹ La gran diferencia entre el cohecho y las exacciones ilegales, es que en esta última no existe el acuerdo venal que caracteriza a aquel delito. En el cohecho, el corruptor da porque quiere dar, en la exacción no existe el acuerdo, y el sujeto entrega o paga por temor al poder del sujeto activo, o por error. En cualquier caso, el sujeto que entrega, tiene su voluntad viciada.

⁵² “La mera solicitud sin abuso del cargo no es típica, ni aun en aquellos supuestos en los que la víctima ha obrado por miedo a la potestad pública, por cuanto el funcionario no ha planteado el requerimiento actuando en la condición que inviste dentro de la administración pública, esto es, abusando del cargo que



Luego, las conductas señaladas en la convención en el **art. 8.2** están previstas en la figura de soborno transnacional (art. 258 *bis* del C.P.).

Las conductas del art. 8.3 están previstas en los arts. 45 y 46 del C.P. argentino que abarca las distintas formas de participación criminal, entre ellas, la complicidad y participación necesaria.

En resumen: en relación a los delitos del art. 8° de la convención, en su mayoría ya están previstos en el código penal argentino. La única conducta no abarcada por nuestra legislación interna sería el supuesto de la solicitud de parte de un funcionario público de un beneficio o dádiva para hacer o dejar de hacer algo relativo a sus funciones, en la medida en que no sea un supuesto de tentativa del art. 256 del C.P.

El Estado argentino debería cubrir ese supuesto previsto en la convención.

2.14.3.d. Los delitos previstos en el art. 23 de la convención: falso testimonio u obstrucción de la justicia

En el código penal argentino encontramos distintas figuras penales que se refieren a los delitos que se mencionan en la convención en el art. 23. En general, se trata de delitos contra la administración pública⁵³, previstos en el título XI de la parte segunda del código penal.

2.14.3.d.i. Delitos del art. 23.a

En relación a las figuras que menciona la convención en esta parte, en el art. 275 del C.P. encontramos del delito de falso testimonio, en el art. 255 la sustracción y

desempeña [...]. El abuso del cargo implica un prevalimiento del mismo, un uso indebido de la función pública”. Cfr. **Buompadre, Jorge**, *Derecho penal. Parte especial*, Tomo 3, Corrientes, editorial Mave, 2003, p. 305. También en la misma obra (p. 198) el autor indica: “Esto significa que no existió intención legislativa de incriminar en el cohecho pasivo la conducta del funcionario que por sí o por otro solicitara dinero o dádivas para hacer, retardar y omitir algo relativo a sus funciones”. Podemos afirmar, por estas consideraciones, que existe un margen entre el cohecho pasivo y las exacciones, que no se considera una conducta punible: la solicitud de parte del funcionario de un beneficio o dádiva, para hacer o dejar de hacer algo relativo a sus funciones, y siempre que esa conducta no sea, a su vez, una tentativa (comienzo de ejecución) de alguna de aquellas. Se puede decir que no es una tentativa, sino un acto preparatorio de la modalidad que exige la recepción del beneficio o dádiva.

⁵³ La doctrina penal considera que deberían llamarse delitos contra la *administración de justicia* a todas estas figuras que atentan contra el correcto funcionamiento del Poder Judicial. En otros códigos penales más modernos y en algunos proyectos de código de nuestro país, el bien jurídico se llama precisamente Administración de justicia.



alteración de pruebas, y en al art. 277, inc. 1.c, el ocultamiento de rastros o pruebas de un delito anterior.

El art. 275 establece:

Será reprimido con prisión de un mes a cuatro años, el testigo, perito o intérprete que afirmare una falsedad o negare o callare la verdad, en todo o en parte, en su deposición, informe, traducción o interpretación, hecha ante la autoridad competente.

Si el falso testimonio se cometiere en una causa criminal, en perjuicio del inculpado, la pena será de uno a diez años de reclusión o prisión.

En todos los casos se impondrá al reo, además, inhabilitación absoluta por doble tiempo del de la condena.

El art. 255 del C.P. establece:

Será reprimido con prisión de un mes a cuatro años, el que sustrajere, alterare, ocultare, destruyere o inutilizare en todo o en parte objetos destinados a servir de prueba ante la autoridad competente, registros o documentos confiados a la custodia de un funcionario público o de otra persona en el interés del servicio público. Si el autor fuere el mismo depositario, sufrirá además inhabilitación especial por doble tiempo.

Si el hecho se cometiere por imprudencia o negligencia del depositario, éste será reprimido con multa de pesos setecientos cincuenta a pesos doce mil quinientos.

El art. 277 que ha vimos, en el inc. 1.b establece:

1. Será reprimido con prisión de seis (6) meses a tres (3) años el que, tras la comisión de un delito ejecutado por otro, en el que no hubiera participado:
 - a. [...]
 - b. Ocultare, alterare o hiciere desaparecer los rastros, pruebas o instrumentos del delito, o ayudare al autor o partícipe a ocultarlos, alterarlos o hacerlos desaparecer.

Con el art. 275 y las disposiciones del art. 45 del C.P. (instigación) y del art. 149 *bis*, primera y segunda parte (amenazas y coacciones) se cumple con la previsión de la conducta de la primera parte del art. 23, inc. a.



También están vinculados con estas figuras, los delitos de los arts. 277, inc. 1.*b*, que se refiere al ocultamiento, alteración o desaparición de pruebas o rastros del delito anterior y, finalmente, la figura del art. 255 del C.P.P. que se refiere a la destrucción, alteración, ocultamiento o sustracción de pruebas en un proceso.

2.14.3.d.ii. Delitos del art. 23.b

Los delitos impuestos en este artículo de la convención estarían previstos en los arts. 237, 238, 239 y 149 *bis* del código penal argentino.

El **art. 237 del C.P.** establece:

Será reprimido con prisión de un mes a un año, el que empleare intimidación o fuerza contra un funcionario público o contra la persona que le prestare asistencia a requerimiento de aquél o en virtud de un deber legal, para exigirle la ejecución u omisión de un acto propio de sus funciones.

El **art. 238 del C.P.** establece:

La prisión será de seis meses a dos años:

- 1°. Si el hecho se cometiere a mano armada;
- 2°. Si el hecho se cometiere por una reunión de más de tres personas,
- 3°. Si el culpable fuere funcionario público;
- 4°. Si el delincuente pusiere manos en la autoridad.

El **art. 239 del C.P.** establece:

Será reprimido con prisión de quince días a un año, el que resistiere o desobedeciere a un funcionario público en el ejercicio legítimo de sus funciones o a la persona que le prestare asistencia a requerimiento de aquél o en virtud de una obligación legal.

El art. 149 *bis*, como ya vimos contempla los delitos de amenazas y coacciones.

En consecuencia, todas las conductas previstas en el art. 23.b de la convención ya están previstas en el código penal argentino, de modo que no es necesario agregar nada para cumplir en este punto con la convención.



2.14.4. Conclusiones en relación a la Convención Internacional Contra la Delincuencia Organizada Transnacional

Como hemos visto la gran mayoría de las numerosas conductas delictivas señaladas en la convención como obligatorias para los Estados Parte, han sido cumplidas por el Estado argentino.

Sólo una pequeña parte de la conducta prevista en el art. 8.1.b de la convención no está prevista como delito en el código penal argentino: la *mera solicitud del funcionario* público (sin abuso del cargo) de un beneficio indebido para hacer o dejar de hacer algo relativo a sus funciones. Lo mismo habíamos señalado en relación a la Convención Interamericana contra la Corrupción.

Vale destacar que en el proyecto de código penal argentino de 2013 ya se proponía incorporar el verbo *solicitare* en el art. 261 que preveía el delito de cohecho.

Luego, en el proyecto de código penal argentino (2018) también se propone modificar el art. 256 agregando la expresión *requiriere* además del *recibiére* que ya está en el texto de ese artículo⁵⁴. De esa manera, se cumpliría con la convención en este punto.

El Estado argentino debería tipificar esta conducta para cumplir totalmente con la convención.

2.15. Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas especialmente Mujeres y Niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional

Este protocolo entró en vigencia en nuestro país el 25/12/03.

2.15.1. Introducción. Objetivos del Protocolo

La finalidad del protocolo es complementar la mencionada convención, para proteger especialmente a las mujeres y niños de la trata de personas. Asimismo, prevenir

⁵⁴ En la exposición de motivos de ese proyecto, se aclara que el agregado corresponde a una sugerencia de la Oficina Anticorrupción para cumplir con el art. VI.1.a de la Convención Interamericana Contra la Corrupción. Hay que aclarar que además de esa convención, también exige la imposición de esta figura, la Convención Internacional Contra la Delincuencia Organizada.



y combatir la trata y promover la cooperación entre los Estados Parte para lograr esos fines.

2.15.2. Normas de la Convención que obligan a penalizar

La obligación de los Estados parte de criminalizar conductas, surge de los arts. 5° y 3° del protocolo.

El **art. 5°** establece:

Penalización

1. Cada Estado Parte adoptará las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito en su derecho interno las conductas enunciadas en el artículo 3° del presente Protocolo, cuando se cometan intencionalmente.
2. Cada Estado Parte adoptará asimismo las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito:
 - a. Con sujeción a los conceptos básicos de su ordenamiento jurídico, la tentativa de comisión de un delito tipificado con arreglo al párrafo 1 del presente artículo;
 - b. La participación como cómplice en la comisión de un delito tipificado con arreglo al párrafo 1° del presente artículo; y
 - c. La organización o dirección de otras personas para la comisión de un delito tipificado con arreglo al párrafo 1° del presente artículo.

A su vez, **el art. 3°** establece:

Definiciones

Para los fines del presente Protocolo:

- a. Por “trata de personas” se entenderá la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación. Esa explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos



- o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos;
- b. El consentimiento dado por la víctima de la trata de personas a toda forma de explotación que se tenga la intención de realizar descrita en el apartado a) del presente artículo no se tendrá en cuenta cuando se haya recurrido a cualquiera de los medios enunciados en dicho apartado;
- c. La captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de un niño con fines de explotación se considerará “trata de personas” incluso cuando no se recurra a ninguno de los medios enunciados en el apartado a) del presente artículo;
- d. Por “niño” se entenderá toda persona menor de 18 años.

Aclaremos, también, que el **art. 1.3** establece: “Los delitos tipificados con arreglo al artículo 5° del presente Protocolo se considerarán delitos tipificados con arreglo a la Convención”.

Surge de los artículos mencionados, la obligación para los Estados parte de tipificar como delito en su legislación, las conductas que allí se describen como delito de trata de personas.

2.15.3. Normas del código penal argentino vinculadas a la materia

En el código penal argentino encontramos, en el art. 145 *bis* y *ter* las figuras básicas¹⁴⁵ y agravadas de trata de personas.

El **art. 145 *bis* del C.P.** establece:

Será reprimido con prisión de cuatro a ocho años, el que ofreciere, captare, trasladare, recibiere o acogiere personas con fines de explotación, ya sea dentro del territorio nacional, como desde o hacia otros países, aunque mediere el consentimiento de la víctima.

El **art. 145 *ter* del C.P.** establece:

En los supuestos del art. 145 *bis* la pena será de cinco a diez años de prisión, cuando:

1°. Mediare engaño, fraude, violencia, amenaza o cualquier otro medio de intimidación, coerción, abuso de autoridad o de una situación de



- vulnerabilidad, o concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre la víctima.
- 2°. La víctima estuviere embarazada, o fuere mayor de setenta (70) años
 - 3°. La víctima fuera una persona discapacitada, enferma o que no pueda valerse por sí misma.
 - 4°. Las víctimas fueren tres (3) o más.
 - 5°. En la comisión del delito participaren tres (3) o más personas.
 - 6°. El autor fuere ascendiente, descendiente, cónyuge, afín en línea recta, colateral o conviviente, tutor, curador, autoridad o ministro de cualquier culto reconocido o no, encargado de la educación o de la guarda de la víctima.
 - 7°. El autor fuere funcionario público o miembro de una fuerza de seguridad, policial o penitenciaria.

Quando se lograra consumir la explotación de la víctima objeto del delito de trata de personas la pena será de ocho (8) a doce (12) años de prisión.

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

En el código penal argentino se encuentra prevista expresamente la figura de trata de personas en estos dos artículos. Por las reformas operadas por la ley 26.842, la sistemática actual del código en esta materia consiste básicamente en prever la figura básica en el art. 145 *bis*, prescindiendo del consentimiento de la víctima, y agravando la figura cuando existiera alguno de los medios que menciona el protocolo en su art. 3°, inc. *a*, que están reproducidos en el art. 145 *ter*, inc. 1°. También se agrava la figura por otros motivos.

Como complemento de lo dispuesto en el protocolo, los arts. 42, 45 y 46 regulan también la tentativa y participación en estos delitos, y el art. 210 prevé las asociaciones ilícitas, de modo que el art. 5.2 del protocolo se debe considerar cumplido.

Se discute en la doctrina nacional si la prescindencia del consentimiento de la víctima hace que la figura sea inconstitucional. Los autores que invocan la inconstitucionalidad de la figura penal sostienen como argumento que se prescinde de la voluntad de la víctima y eso implica que no hay bien jurídico afectado, por ello sostienen la afectación al principio de *lesividad*.



Más allá de la posición que se tome en el tema, debemos aclarar aquí que el protocolo no obliga al Estado argentino a tipificar el delito de trata de personas, prescindiendo del consentimiento de la víctima. Lo único que impone como obligación para los Estados Parte el protocolo que mencionamos, es crear en la legislación interna el delito, cuando se utilicen los medios mencionados⁵⁵, pero, reiteramos, sin exigir a los Estados que prescindan del consentimiento de la víctima.

2.15.4. Conclusiones en relación al Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas especialmente Mujeres y Niños

Como hemos visto, el Estado argentino ha cumplido con sus obligaciones internacionales en relación a este protocolo, legislando expresamente el delito de trata de personas de manera más rigurosa inclusive a lo que estaba obligada por este instrumento.

2.16. Convenio para la Represión de la Trata de Personas y de la Explotación de la Prostitución Ajena

Ratificado por Decreto Ley 11.925/57 (publicado en el B.O. del 30/10/57).

2.16.1. Introducción. Objetivos del convenio

La Asamblea General de la O.N.U. dictó la Resolución 317 del 02/12/49 referido a este convenio, con la finalidad de prevenir y sancionar la trata de personas con fines de prostitución.

2.16.2. Normas del convenio que obligan a penalizar

La obligación de penalizar para los Estados Parte, surge de los arts. 1º, 2º, 3º y 4º del Convenio.

⁵⁵ Los medios que menciona el protocolo son la amenaza, violencia, engaño, abuso de poder o de situación de vulnerabilidad concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento, etcétera. Actualmente en el C.P. argentino estos medios no son necesarios para la existencia de la figura básica, sí para la agravante del art. 145 *ter*, inc. 1º.



El art. 1° establece:

Las Partes en el presente Convenio se comprometen a castigar a toda persona que, para satisfacer las pasiones de otra: 1) Concertare la prostitución de otra persona, aun con el consentimiento de tal persona; 2) Explotare la prostitución de otra persona, aun con el consentimiento de tal persona.

El art. 2° establece:

Las Partes en el presente Convenio se comprometen asimismo a castigar a toda persona que: 1) Mantuviere una casa de prostitución, la administrare o a sabiendas la sostuviere o participare en su financiamiento; 2) Diere o tomare a sabiendas en arriendo un edificio u otro local, o cualquier parte de los mismos, para explotar la prostitución ajena.

El art. 3° establece: “En la medida en que lo permitan las leyes nacionales, serán también castigados toda tentativa de cometer las infracciones mencionadas en los artículos 1° y 2° y todo acto preparatorio de su comisión”.

El art. 4° establece:

En la medida en que lo permitan las leyes nacionales, será también punible la participación intencional en los actos delictuosos mencionados en los artículos 1° y 2°.

En la medida en que lo permitan las leyes nacionales, los actos de participación serán considerados como infracciones distintas en todos los casos en que ello sea necesario para evitar la impunidad.

En primer lugar, debemos definir si de los artículos expuestos, surge la obligación de criminalizar las conductas allí señaladas.

El texto del Convenio habla de *castigar*, y no de *tipificar* o *establecer en su derecho interno como delito*, de manera que podría discutirse este punto.

Si bien es cierto que los instrumentos más actuales o cercanos en el tiempo, ya no utilizan la expresión *castigar*, sino la más clara e indicativa de *criminalizar* o *tipificar*, o *establecer como delitos*, también debemos considerar que, del análisis de todo el articulado del Convenio, parece claro que se obliga a los Estados Parte a crear delitos. Adviértase que se menciona a la tentativa y a la participación criminal, como formas



ampliadas de punición, y reconocidas en la ciencia penal y en la teoría del delito al momento del Convenio.

Además, debe tenerse en cuenta que a la fecha de la firma del Convenio no era común en los instrumentos internacionales de este tipo, la utilización de las expresiones que —con esta misma finalidad— se utilizan ahora.

Es por ello, que entendemos que el Convenio obliga a los Estados Parte a crear una serie de conductas delictivas en su legislación interna.

2.16.3. Normas del derecho interno vinculadas a la materia

En el código penal argentino encontramos delitos que tienen una estrecha relación con las conductas que se mencionan en el Convenio, especialmente en el título III (delitos contra la integridad sexual) capítulo III.

Debemos analizar especialmente, los arts. 125 *bis*, 126 y 127 del código penal argentino.

El **art. 125 *bis* del C.P.** actual establece: “El que promoviere o facilitare la prostitución de una persona será penado con prisión de cuatro (4) a seis (6) años de prisión, aunque mediere el consentimiento de la víctima”.

Luego, **el art. 126** prevé las agravantes:

En el caso del artículo anterior, la pena será de cinco a diez (10) años de prisión, si concurriere alguna de las siguientes circunstancias:

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



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

Por su parte, el **art. 127** del código penal establece:

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

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

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

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

Como podemos observar, la conducta señalada en el **art. 1.1** del Convenio (facilitación de la prostitución), está prevista en el art. 125 *bis* del C.P.

La conducta señalada en el **art. 1.2** del Convenio (explotación de la prostitución ajena) está también prevista en el art. 127 del código penal.

La conducta señalada en el **art. 2°** del Convenio se puede considerar también prevista en los arts. 125 *bis* y 127 del código penal.

El **art. 3°** del Convenio, hace referencia a la punición de la tentativa y de los actos preparatorios de los mencionados previamente. En relación a los actos de tentativa, debemos decir que estarían previstos por vía del art. 42 del C.P. Ahora, en relación a los actos preparatorios que menciona el Convenio, debemos decir que sería imposible, por



respeto al principio de lesividad. Conforme a este principio de lesividad, precisamente, la dogmática penal veda la posibilidad de sancionar los llamados actos preparatorios alejados de la lesión al bien jurídico protegido. Sólo se ha admitido —no sin reparos— la punición de algunas figuras que han logrado *autonomía* en relación a otras que están más cerca de la afectación o verdadera lesión del bien jurídico afectado. Por ejemplo: la asociación ilícita.

Es por ello, que, al no precisarse tampoco en el Convenio a qué actos concretamente se refiere con los que llama *preparatorios*, es difícil o imposible que en el Estado argentino se sancionen otro tipo de actos distintos a los que ya mencionamos y están previstos en la legislación interna⁵⁶.

Por otra parte, **el art. 4°** del Convenio menciona los actos de participación criminal (intencional) de dichos delitos. Ello se puede considerar cumplido, por la previsión general de las normas de la participación, previstas en el código penal en los arts. 45 y 46. Ahora bien, también este artículo señala que —en la medida en que lo permita el ordenamiento jurídico local— se podrían sancionar en forma autónoma las conductas de participación en estos delitos. Por una parte, eso se satisface con la punición del delito de asociación ilícita. Por otra parte, también las normas referidas al delito de trata de personas vienen a cumplir con el mandato de la Convención en este sentido. En los arts. 145 *bis* y *ter*, como ya vimos, se adelanta la punición a las etapas previas de la captación, traslado, acogimiento, etc. de las personas con esas finalidades de explotación sexual (entre otras). De modo que podemos decir que se cumple con el mandato del Convenio en los cuatro artículos.

2.16.4. Conclusiones respecto del Convenio para la Represión de la Trata de Personas y de la Explotación de la Prostitución Ajena

Por lo dicho, consideramos que el Estado argentino ha cumplido con la obligación de penalizar los actos que menciona el Convenio.

⁵⁶ Debe considerarse, además, lo que se señala en el texto a continuación sobre el delito de trata de personas, como una forma de penalizar las conductas previas (actos preparatorios) a la explotación y facilitación de la prostitución ajena.



2.16.5. ¿Sería posible una reforma legal que exija como requisito de estos delitos, la falta de consentimiento de la víctima?

Como hemos visto, el Convenio obliga a los Estados parte a tipificar estos delitos, independientemente del consentimiento de la víctima. Ello significa, que, según el convenio, aunque la víctima que se prostituye consienta el acto, será punible la conducta de quien le facilita esa prostitución o de quien explota esa prostitución.

Existe sobre este tema una discusión en la doctrina penal argentina, ya que algunos autores consideran que, aunque el texto legal de los arts. 125 *bis*, 126 y 127 expresamente prescindan del consentimiento de la víctima, debe exigirse la falta de consentimiento como elemento objetivo del delito. Sostienen que, de no ser así, la figura penal sería inconstitucional por afectación del art. 19 de la C.N. ya que el Estado se estaría entrometiendo en un ámbito de autonomía personal.

Está claro que los requisitos que impone la Convención al respecto (prescindencia del consentimiento de la víctima en estos delitos) debe siempre estar sujeta a los principios constitucionales del Estado Parte⁵⁷. Dicho de otro modo, debería respetar el art. 19 de la C.N., entre otros que consagra nuestra Constitución Nacional.

Por este motivo, consideramos que una reforma legal que exigiere la falta de consentimiento de la víctima como elemento objetivo del delito, no sería inconstitucional, porque estaría respetando precisamente el art. 19 de la C.N.

2.17. Protocolo Relativo a la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de los Niños en la Pornografía

Aprobado por ley 25.763 (publicada en el B.O. del 25/8/03).

2.17.1. Introducción. Objetivos del Protocolo

El protocolo es complementario (uno de los tres) de la Convención de los Derechos del Niño. Fue adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas, entrando en vigor en enero del 2002 y entró en vigencia en nuestro país el 25/10/03.

⁵⁷ Los arts. 3° y 4° de la Convención comienzan diciendo: “En la medida en que lo permitan las leyes nacionales”.



Entre los considerandos del protocolo, se menciona la intención de asegurar el mejor logro de los propósitos de la Convención sobre los Derechos del Niño, especialmente las referidas a los arts. 1º, 11, 21, 32, 33, 34, 35 y 36.

Vale destacar, que entre esos artículos mencionados cuyos propósitos se pretende asegurar, está el art. 35 de la C.D.N. que textualmente expresa: “Los Estados Partes tomarán todas las medidas de carácter nacional, bilateral y multilateral que sean necesarias para impedir el secuestro, la venta o la trata de niños para cualquier fin o en cualquier forma”.

Como se puede advertir, del art. 35 de la C.D.N. no surge claramente que los Estados Parte se hayan obligado a *criminalizar* el acto de venta de niños, sino a *tomar las medidas que sean necesarias para impedir* esa conducta, entre otras.

Por este motivo, entre otros, ha sido creado este protocolo que pasamos a analizar.

2.17.2. Obligación de tipificar conductas en el Protocolo

Del **art. 1º** del protocolo surge una **obligación genérica** para los Estados de prohibir (genéricamente) ciertas conductas: “Los Estados Parte prohibirán la venta de niños, la prostitución infantil y la pornografía infantil de conformidad con lo dispuesto en el presente Protocolo”.

La obligación para los Estados Parte de crear **conductas delictivas** surge textualmente del **art. 3º**:

1. Todo Estado Parte adoptará medidas para que, como mínimo, los actos y actividades que a continuación se enumeran queden íntegramente comprendidos en su legislación penal, tanto si se han cometido dentro como fuera de sus fronteras, o si se han perpetrado individual o colectivamente:
 - a. En relación con la venta de niños, en el sentido en que se define en el artículo 2º:
 - i. Ofrecer, entregar o aceptar, por cualquier medio, un niño con fines de:
 - a. Explotación sexual del niño;
 - b. Transferencia con fines de lucro de órganos del niño;
 - c. Trabajo forzoso del niño;



Además, en el artículo 3.1.a.ii, obliga a criminalizar también la *inducción* indebida a una persona, en calidad de intermediario, para que esa persona preste su consentimiento para la adopción de un niño en violación de los instrumentos jurídicos internacionales aplicables en materia de adopción.

Luego, en el art. 3.1.b se habla de la oferta, posesión, adquisición o entrega de un niño con fines de prostitución.

Finalmente, en el art. 3.1.c se trata de la producción, distribución, divulgación, importación, exportación, oferta, venta o posesión, con los fines antes señalados, de pornografía infantil.

El art. 3° agrega que también debería pensarse las tentativas de estos delitos, y las distintas formas de participación criminal en esos actos. Exige que se castigue con una pena adecuada a su gravedad, e impone la responsabilidad penal de las personas jurídicas en estos hechos.

Finalmente, en el **art. 4°** el protocolo impone reglas vinculadas a la jurisdicción de los Estados para juzgar estos hechos. Indica:

1. Todo Estado Parte adoptará las disposiciones necesarias para hacer efectiva su jurisdicción con respecto a los delitos a que se refiere el párrafo 1 del artículo 3, cuando esos delitos se cometan en su territorio o a bordo de un buque o una aeronave que enarbolen su pabellón.
2. Todo Estado Parte podrá adoptar las disposiciones necesarias para hacer efectiva su jurisdicción con respecto a los delitos a que se refiere el párrafo 1 del artículo 3 en los casos siguientes:
 - a. Cuando el presunto delincuente sea nacional de ese Estado o tenga residencia habitual en su territorio;
 - b. Cuando la víctima sea nacional de ese Estado.
3. Todo Estado Parte adoptará también las disposiciones que sean necesarias para hacer efectiva su jurisdicción con respecto a los delitos antes señalados cuando el presunto delincuente sea hallado en su territorio y no sea extraditado a otro Estado Parte en razón de haber sido cometido el delito por uno de sus nacionales.
4. Nada de lo dispuesto en el presente Protocolo excluirá el ejercicio de la jurisdicción penal de conformidad con la legislación nacional.



Encontramos también aquí reglas extensivas de la jurisdicción de los Estados parte para juzgar los delitos cometidos por sus nacionales o contra sus nacionales (principio de nacionalidad).

2.17.3. Las reglas del código penal argentino en relación a las conductas que señala el Protocolo

Debemos analizar en detalle, si en el código penal argentino están previstas como delictivas todas las conductas que se mencionan en el protocolo.

2.17.3.a. Los delitos del art. 3.1.a

En primer lugar, y en relación al art. 3.1.a debemos considerar los arts. 145 *bis* y *ter* del C.P. El art. **145 bis del C.P.** establece:

Será reprimido con prisión de cuatro a ocho años, el que ofreciere, captare, trasladare, recibiere o acogiere personas con fines de explotación, ya sea dentro del territorio nacional, como desde o hacia otros países, aunque mediere el consentimiento de la víctima.

El **art. 145 ter del C.P.** establece:

En los supuestos del art. 145 *bis* la pena será de cinco a diez años de prisión, cuando:

- 1°. Mediare engaño, fraude, violencia, amenaza o cualquier otro medio de intimidación, coerción, abuso de autoridad o de una situación de vulnerabilidad, o concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre la víctima.
- 2°. La víctima estuviere embarazada, o fuere mayor de setenta (70) años
- 3°. La víctima fuera una persona discapacitada, enferma o que no pueda valerse por sí misma.
- 4°. Las víctimas fueren tres (3) o más.
- 5°. En la comisión del delito participaren tres (3) o más personas.
- 6°. El autor fuere ascendiente, descendiente, cónyuge, afín en línea recta, colateral o conviviente, tutor, curador, autoridad o ministro de cualquier



culto reconocido o no, encargado de la educación o de la guarda de la víctima.

7°. El autor fuere funcionario público o miembro de una fuerza de seguridad, policial o penitenciaria.

Cuando se lograra consumir la explotación de la víctima objeto del delito de trata de personas la pena será de ocho (8) a doce (12) años de prisión.

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

También debemos considerar los delitos contra el estado civil y la identidad, que tienen figuras penales vinculadas.

El **art. 138 del C.P.** establece: “Se aplicará prisión de uno a cuatro años al que, por un acto cualquiera, hiciere incierto, alterare o suprimiere el estado civil de otro”.

El **art. 139 del C.P.** establece:

Se impondrá prisión de 2 a 6 años: 1° A la mujer que fingiere preñez o parto para dar a su supuesto hijo derechos que no le correspondan. 2° al que por un acto cualquiera, hiciere incierto, alterare o suprimiere la identidad de un menor de diez años, y el que lo retuviere u ocultare.

Como puede advertirse, el art. 145 *ter* del C.P. cubre una parte de las conductas señaladas en el art. 3.1.a del protocolo, pero no todas ellas.

En primer lugar, es necesario aclarar que la *venta de niños*, debe ser entendida como lo señaló la C.I.D.H. en la causa “Fornerón e hija vs. Argentina” (Sentencia de la C.I.D.H. 27/4/12, especialmente considerandos 137 y siguientes)⁵⁸, y como lo ha entendido el Estado argentino al momento de ratificar este protocolo (25/9/03).

⁵⁸ Es curioso ver que en este fallo, la C.I.D.H. sostuvo que la obligación del Estado argentino de criminalizar la venta de niños surgía ya de la Convención sobre los Derechos del Niño, sin necesidad de acudir al protocolo que comentamos aquí. Así, en el **considerando 141** del fallo “Fornerón”, la C.I.D.H. sostuvo: “Como ha sido indicado por los tribunales internos, al momento de los hechos del presente caso, el Estado no impedía penalmente la entrega de un niño o niña a cambio de dinero. La venta de un niño o niña no estaba impedida o prohibida penalmente sino que se sancionaban otros supuestos de hecho, como por ejemplo, el ocultamiento o supresión de la filiación (supra párr. 134). Dicha prohibición no satisface lo establecido por el artículo 35 de la Convención sobre los Derechos del Niño de adoptar todas las medidas necesarias para impedir la venta de niños cualquiera sea su forma o fin. *La obligación de adoptar todas las medidas para impedir toda venta, incluyendo su prohibición penal, está vigente desde el momento en que Argentina ratificó la Convención sobre los Derechos del Niño en 1990*” (la cursiva es nuestra). Continúa la Corte, en el **considerando 142**, señalando: “Por otra parte, la obligación de prohibir penalmente toda



En esta ocasión, el Estado argentino hizo una declaración interpretativa indicando su preferencia por una definición más amplia de venta de niños que la que estaba prevista en el art. 2° del protocolo.

Para Argentina el concepto de *venta* debía incluir todos los casos de venta de un niño, y no solamente aquellos enumerados en el art. 3°, párrafo 1.a que exige determinados fines.

En la causa “Fornerón e hija vs. Argentina”, la C.I.D.H. también entendió que Argentina se había obligado por ese protocolo a crear en su legislación interna un delito que consistiera en la mera venta de niños, cualquiera sea la finalidad del acto⁵⁹.

Hacemos esta aclaración, porque se podría interpretar que las conductas descriptas en el art. 3.1.a estarían receptadas ya en el art. 145 *bis* del código penal argentino, que exige precisamente que ese ofrecimiento, captación, traslado, recepción o acogimiento de personas se realice con la finalidad específica de explotación.

Sin embargo, habiendo hecho estas aclaraciones, surge que el art. 145 *bis* y *ter* son insuficientes para considerar cumplida la obligación del Estado argentino en este punto.

Por otra parte, las conductas descriptas en los arts. 138 y 139 del código penal argentino también resultan insuficientes, ya que se refieren a *hacer incierto, alterar o suprimir* el estado civil de una persona, o la identidad de un menor de 10 años.

De modo que las conductas delictivas previstas en el código penal argentino exigen que se logre esa alteración o supresión de la identidad o estado civil del damnificado. En cambio, la conducta prevista en el protocolo no exige ese resultado, sino

venta de niños y niñas ha sido afirmada por el Estado al ratificar, el 25 de septiembre de 2003, el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de Niños en la Pornografía. En esa ocasión, Argentina realizó, entre otras, una declaración interpretativa indicando su preferencia por una definición más amplia de venta que aquella prevista en el Artículo 2° del Protocolo, señalando además que la venta de niños debe ser penalizada en todos los casos y no solo en aquellos enumerados en el artículo 3° párrafo 1.a del Protocolo mencionado”. Como se puede advertir de la lectura completa, para la Corte Interamericana, la obligación de criminalizar la venta de niños ya surgía para Argentina por haber ratificado la Convención, sin que fuera necesaria la incorporación del protocolo facultativo. Recordemos que el **art. 35 de la Convención** señala: “Los Estados Partes tomarán todas las medidas de carácter nacional, bilateral y multilateral que sean necesarias para impedir el secuestro, la venta o la trata de niños para cualquier fin o en cualquier forma”. Entendemos que esa disposición general de la Convención no es tan clara en el sentido de obligar a los Estados Parte a tipificar delitos. Precisamente por ese motivo, no hemos incluido en este trabajo el tratamiento especial de la Convención como un instrumento que obliga a criminalizar. En cambio, sí es clara la disposición del art. 3° del protocolo que analizamos.

⁵⁹ Ver especialmente el considerando 142 del fallo citado.



que, adelantándose a él, ya sanciona el acto de venta de niños, sea con esa finalidad o con cualquier otra, según lo ha interpretado el Estado argentino en su declaración interpretativa.

En relación a la conducta descrita en el art. 3.1.a.ii del protocolo, no existe directamente en el código penal argentino. Se trata de un acto o delito de peligro que se satisface con la sola inducción a otra persona para que ella preste su consentimiento para la adopción de un niño, en contra de las disposiciones aplicables en materia de adopción.

La única figura que podría considerarse relacionada es la del art. **139 bis del C.P.** que establece:

Será reprimido con reclusión o prisión de tres a diez años, el que facilitare, promoviere o de cualquier modo intermediare en la perpetración de los delitos comprendidos en este capítulo, haya mediado o no precio o promesa remuneratoria o ejercido amenaza o abuso de autoridad.

Incurrirán en las penas establecidas en el párrafo anterior y sufrirán, además, inhabilitación especial por doble tiempo que el de la condena, el funcionario público o profesional de la salud que cometa alguna de las conductas previstas en este capítulo.

Como se puede observar, la figura penal del art. 139 bis hace referencia a los delitos previos dentro de ese capítulo II, es decir a la alteración, supresión e incertidumbre del estado civil y la identidad. Está ligado a ellos, necesariamente. En cambio, la figura que pretende imponer el protocolo sería una figura autónoma y de mero peligro: el simple acto de inducir a alguien a prestar consentimiento para adoptar un niño en contra de la normativa aplicable.

Por eso podemos afirmar que nuestro sistema penal tampoco ha cumplido en este punto con el protocolo.

2.17.3.b. Los delitos del art. 3.1.b

En relación a la conducta descrita en el art. 3.1.b del protocolo, que consiste en *“La oferta, posesión, adquisición o entrega de un niño con fines de prostitución, en el sentido en que se define en el artículo 2°”*, se podría invocar también el art. 145 bis del C.P.



Pero debemos advertir que habría una parte de la conducta impuesta por el protocolo que no estaría cubierta por ese artículo: la *posesión, adquisición o entrega* del niño. Como hemos visto, el art. 145 *bis* sólo habla del ofrecimiento, captación, traslado, recepción o acogimiento, pero no comprende estos otros verbos.

Por este motivo, el Estado argentino tampoco ha cumplido con el mandato impuesto por el protocolo.

2.17.3.c. Los delitos del art. 3.1.c

En relación a la conducta señalada en el art. 3.1.c que se refiere a la “producción, distribución, divulgación, importación, exportación, oferta, venta o posesión, con los fines antes señalados, de pornografía infantil, en el sentido en que se define en el artículo 2º”, pareciera que la imposición se ha cumplido, de acuerdo a lo establecido en el art. 128 del C.P. que fue reformado (por última vez) en el año 2018, mediante ley 27.436.

El **art. 128 del C.P.** actual, establece:

Será reprimido con prisión de tres (3) a seis (6) años el que produjere, financiare, ofreciere, comerciare, publicare, facilitare, divulgare o distribuyere, por cualquier medio, toda representación de un menor de dieciocho (18) años dedicado a actividades sexuales explícitas o toda representación de sus partes genitales con fines predominantemente sexuales, al igual que el que organizare espectáculos en vivo de representaciones sexuales explícitas en que participaren dichos menores.

Será reprimido con prisión de cuatro (4) meses a un (1) año el que a sabiendas tuviere en su poder representaciones de las descriptas en el párrafo anterior.

Será reprimido con prisión de seis (6) meses a dos (2) años el que tuviere en su poder representaciones de las descriptas en el primer párrafo con fines inequívocos de distribución o comercialización.

Será reprimido con prisión de un (1) mes a tres (3) años el que facilitare el acceso a espectáculos pornográficos o suministrare material pornográfico a menores de catorce (14) años.

Todas las escalas penales previstas en este artículo se elevarán en un tercio en su mínimo y en su máximo cuando la víctima fuere menor de trece (13) años.



Consideramos que con el texto del art. 128 del código penal actual se cubren las conductas señaladas en el protocolo en el art. 3.1.c. Existe una discusión en la doctrina penal en relación a cómo deben entenderse los actos sexuales señalados en el art. 128: por una parte, se dice que deben ser actos reales, y por otra se consideran también los actos simulados. Pero en lo esencial, entendemos que la descripción de las conductas típicas en el art. 128 es suficiente para abarcar todas las conductas que indica el protocolo.

2.17.3.d. Delitos o formas delictivas del art. 3.2 del protocolo

En relación a las conductas indicadas en el protocolo en el art. 3.2, debemos aclarar que se refieren a las tentativas y distintas formas de participación de los delitos mencionados previamente en el mismo art. 3° del protocolo. Eso significa que se hace mención a la tentativa de venta de niños, tentativa de inducción a la adopción en contra de la normativa legal, la tentativa de oferta, posesión, adquisición o entrega con fines de prostitución y la tentativa de los delitos descritos en el art. 3.1.c.

Como nuestro sistema penal no tiene todas las figuras, tal como lo señalamos antes, tampoco están previstas todas las tentativas de estos delitos mencionados en el protocolo.

De cualquier modo, el problema se solucionaría con la simple existencia de la punición de la tentativa que tiene ya nuestro código penal en el art. 42.

Sin embargo, sería muy discutible admitir la punición de tentativa en los delitos que indica el protocolo que ya son un adelanto considerable en el *iter criminis*. Es difícil admitir una tentativa de posesión de un niño con fines de prostitución, por ejemplo.

De cualquier modo, reiteramos, no quedaría en deuda el Estado argentino si incorpora los delitos mencionados en los puntos previos del tratado. Al hacerlo, ya el art. 42 podría habilitar la punición de la tentativa en todos esos casos. Luego, será discutible si es posible en todos los supuestos mencionados, o sólo en algunos de ellos.

2.17.3.e. La responsabilidad de las personas jurídicas en estos delitos

El art. 3.4 del protocolo dice que los Estados parte también dispondrán medidas de responsabilidad penal para las personas jurídicas por la comisión de estos delitos, siempre que sea compatible con su legislación.



En este punto, el código penal argentino no prevé responsabilidad de las personas jurídicas. En los últimos años sí se incorporaron al código penal disposiciones de responsabilidad penal de las personas jurídicas, pero para otros delitos. En relación a los delitos mencionados por el protocolo no existen normas en nuestro sistema.

El Estado argentino no ha cumplido en este punto con el protocolo.

2.17.4. Conclusiones en relación al Protocolo Relativo a la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de los Niños en la Pornografía

Como hemos visto, el Estado argentino no ha adecuado todavía su legislación interna a lo que exige este protocolo.

Sería aconsejable la incorporación de un título especial en el libro segundo del código penal, o al menos algún capítulo específico dentro de los ya existentes (por ejemplo: delitos contra el estado civil y la identidad) donde se contemplen especialmente estos delitos que marca el protocolo, así como también la responsabilidad penal de las personas jurídicas que pudieran intervenir en ellos.

Concretamente, los delitos que no están previstos son los del art. 3.1.a⁶⁰, 3.1.b⁶¹ y 3.4⁶² del protocolo.

2.18. Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño Relativo a la Participación de Niños en los Conflictos Armados

Aprobado por ley 25.616 (publicada en el B.O. del 12/8/02).

2.18.1. Introducción. Objetivos del protocolo

La Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó el protocolo el 25 de mayo de 2000 con la intención de reafirmar los derechos del niño. Especialmente, preocupados

⁶⁰ Entendida como la simple *Venta de niños*, sin que se exija una finalidad específica, tal como lo interpretó la C.I.D.H. en causa "Fornerón vs. Argentina".

⁶¹ Sería la: "oferta, posesión, adquisición o entrega de un niño con fines de prostitución, en el sentido en que se define en el artículo 2".

⁶² La responsabilidad penal de las personas jurídicas en este tema.



por las situaciones de conflictos armados y las consecuencias que tienen para los niños en todo el mundo. Se considera especialmente que en el Estatuto de la Corte Penal Internacional se incluyó entre los crímenes de guerra en conflictos armados el reclutamiento o alistamiento de niños menores de 15 años o su utilización para participar activamente en las hostilidades.

2.18.2. Las disposiciones del protocolo que obligan a criminalizar conductas

El **art. 1°** del protocolo establece: “Los Estados Partes adoptarán todas las medidas posibles para que ningún miembro de sus fuerzas armadas menor de 18 años participe directamente en hostilidades”.

En el **art. 2°** establece: “Los Estados Partes velarán por que no se reclute obligatoriamente en sus fuerzas armadas a ningún menor de 18 años”.

Luego, en el **art. 4°**, establece:

1. Los grupos armados distintos de las fuerzas armadas de un Estado no deben en ninguna circunstancia reclutar o utilizar en hostilidades a menores de 18 años.
2. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas posibles para impedir ese reclutamiento y utilización, con inclusión de la adopción de las medidas legales necesarias para prohibir y castigar esas prácticas.
3. La aplicación del presente artículo no afectará la situación jurídica de ninguna de las partes en un conflicto armado.

Entendemos que surge la obligación de los Estados Parte de criminalizar las conductas que menciona, cuando establece que los Estados deben adoptar todas las medidas posibles para impedir ese reclutamiento y utilización, incluyendo las medidas legales necesarias para prohibir y *castigar* esas prácticas.

La mención al castigo es lo que marca la intención del protocolo de que los Estados sancionen penalmente estos actos.

Aunque no se utilicen las expresiones más claras que tienen otros instrumentos internacionales⁶³, entendemos que surge de aquí la obligación de tipificar conductas.

⁶³ Como hemos visto, otros instrumentos hablan de la expresa obligación de tipificar, crear delitos en su legislación interna, etc.



2.18.3. Las conductas en el sistema penal argentino

En el sistema penal argentino no existe una previsión expresa de este tipo de conductas. No están previstos los delitos que menciona el protocolo.

En cambio, sí lo tienen ya legislado otros códigos más modernos, como por ejemplo el colombiano, que en su art. 162 sanciona expresamente esta conducta⁶⁴.

Del mismo modo, en el proyecto de modificación integral del código penal argentino (2018) se incorpora expresamente este delito en el art. 522, inc. 5^o⁶⁵.

También el proyecto 2013 preveía en el art. 67, inc. 3.f, el delito de mención⁶⁶.

2.18.4. Conclusiones sobre el Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño Relativo a la Participación de Niños en los Conflictos Armados

El Estado argentino no ha cumplido con el mandato impuesto por este protocolo, debería tipificar las conductas señaladas.

2.19. Protocolo Contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire

2.19.1. Introducción. Objetivos del protocolo

El protocolo entro en vigencia en Argentina el 28/01/04, y es complementario también de la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada Transnacional.

Sus objetivos están vinculados a combatir el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire, con la cooperación, intercambio de información y otras medidas en el ámbito internacional.

⁶⁴ Artículo 162 del C.P. de Colombia: “Reclutamiento ilícito. [Penas aumentadas por el artículo 14 de la ley 890 de 2004] El que, con ocasión y en desarrollo de conflicto armado, reclute menores de dieciocho (18) años o los obligue a participar directa o indirectamente en las hostilidades o en acciones armadas, incurrirá en prisión de noventa y seis (96) a ciento ochenta (180) meses y multa de ochocientos (800) a mil quinientos (1500) salarios mínimos legales mensuales vigentes”.

⁶⁵ “Se impondrá prisión de quince a treinta años al que en ocasión de un conflicto armado internacional o no internacional: [...] 5° Reclutare o alistare a personas menores de dieciocho años en grupos o fuerzas armadas, o los utilizare para participar activamente en las hostilidades”.

⁶⁶ El texto señalaba: “[...] Será reprimido con prisión de diez a veinticinco años, el que en ocasión de un conflicto armado [...] (f) Reclutamiento ilícito. Reclutare o alistare a menores, o los obligare a participar directa o indirectamente en las hostilidades o en acciones armadas”.



2.19.2. Normas del protocolo que obligan a penalizar

La obligación de crear conductas en la legislación interna de los Estados, surge de los arts. 6° y 3° del protocolo.

El **art. 3°** establece:

Definiciones

Para los fines del presente Protocolo:

- a. Por “tráfico ilícito de migrantes” se entenderá la facilitación de la entrada ilegal de una persona en un Estado Parte del cual dicha persona no sea nacional o residente permanente con el fin de obtener, directa o indirectamente, un beneficio financiero u otro beneficio de orden material;
- b. Por “entrada ilegal” se entenderá el paso de fronteras sin haber cumplido los requisitos necesarios para entrar legalmente en el Estado receptor;
- c. Por “documento de identidad o de viaje falso” se entenderá cualquier documento de viaje o de identidad:
 - i. Elaborado o expedido de forma espuria o alterado materialmente por cualquiera que no sea la persona o entidad legalmente autorizada para producir o expedir el documento de viaje o de identidad en nombre de un Estado; o
 - ii. Expedido u obtenido indebidamente mediante declaración falsa, corrupción o coacción o de cualquier otra forma ilegal; o
 - iii. Utilizado por una persona que no sea su titular legítimo;
- d. Por “buque” se entenderá cualquier tipo de embarcación, con inclusión de las embarcaciones sin desplazamiento y los hidroaviones, que se utilice o pueda utilizarse como medio de transporte sobre el agua, excluidos los buques de guerra, los buques auxiliares de la armada, u otros buques que sean propiedad de un Estado o explotados por éste y que en ese momento se empleen únicamente en servicios oficiales no comerciales.

Luego, el **art. 6°** establece:

Penalización

1. Cada Estado Parte adoptará las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan



- intencionalmente y con el fin de obtener, directa o indirectamente un beneficio económico u otro beneficio de orden material:
- a. El tráfico ilícito de migrantes;
 - b. Cuando se cometan con el fin de posibilitar el tráfico ilícito de migrantes:
 - i. La creación de un documento de viaje o de identidad falso;
 - ii. La facilitación, el suministro o la posesión de tal documento.
 - c. La habilitación de una persona que no sea nacional o residente permanente para permanecer en el Estado interesado, sin haber cumplido los requisitos para permanecer legalmente en ese Estado, recurriendo a los medios mencionados en el apartado b) del presente párrafo o a cualquier otro medio ilegal.
2. Cada Estado Parte adoptará asimismo las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito:
- a. Con sujeción a los conceptos básicos de su ordenamiento jurídico, la tentativa de comisión de un delito tipificado con arreglo al párrafo 1 del presente artículo;
 - b. La participación como cómplice en la comisión de un delito tipificado con arreglo al apartado a), al inciso i) del apartado b) o al apartado c) del párrafo 1 del presente artículo y, con sujeción a los conceptos básicos de su ordenamiento jurídico, la participación como cómplice en la comisión de un delito tipificado con arreglo al inciso ii) del apartado b) del párrafo 1° del presente artículo; y
 - c. La organización o dirección de otras personas para la comisión de un delito tipificado con arreglo al párrafo 1° del presente artículo.
3. Cada Estado Parte adoptará las medidas legislativas, y de otra índole que sean necesarias para considerar como circunstancia agravante de los delitos tipificados con arreglo al apartado a), al inciso i) del apartado b) y al apartado c) del párrafo 1° del presente artículo y con sujeción a los conceptos básicos de su ordenamiento jurídico, de los delitos tipificados con arreglo a los apartados b) y c) del párrafo 2° del presente artículo toda circunstancia que:
- a. Ponga en peligro o pueda poner en peligro la vida o la seguridad de los migrantes afectados; o



El art. 120 establece:

Las penas descriptas en el presente capítulo se agravarán de tres a diez años cuando se verifiquen algunas de las siguientes circunstancias:

- a. Si se hiciera de ello una actividad habitual;
- b. Si interviniera en el hecho un funcionario o empleado público en el ejercicio o en ocasión de sus funciones o con abuso de su cargo. En este caso se impondrá también inhabilitación absoluta perpetua para ejercer cargos públicos.

El art. 121 establece:

Las penas establecidas en el artículo anterior se agravarán de cinco a quince años cuando se hubiere puesto en peligro la vida, la salud o la integridad de los migrantes o cuando la víctima sea menor de edad; y de ocho a veinte años cuando el tráfico de personas se hubiere efectuado con el objetivo de cometer actos de terrorismo, actividades de narcotráfico o lavado de dinero.

Como puede observarse, las conductas que el protocolo describe en el art. 6.1.a está prevista en el art. 116 de la ley.

Las conductas que describe el protocolo en el art. 6.1.b y 6.1.c están prevista en el art. 118 y 119.

Luego, las conductas que describe el protocolo en el art. 6.2 están previstas en el código penal en el art. 42 (tentativa), 45 y 46 (participación criminal) y 210 (asociación ilícita).

También están previstas las conductas que menciona el protocolo en el art. 6.3 (agravantes) en el art. 121 de la ley.

Debemos destacar que, por el Acuerdo Contra el Tráfico Ilícito de Migrantes entre los Estados Partes del Mercosur, aprobado por ley 26.384 (que se analizará a continuación), también se obliga el Estado argentino a agravar estas conductas por otros motivos.



2.19.4. Conclusiones en relación al Protocolo Contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire

En conclusión, las conductas que el protocolo obliga a criminalizar a los Estados parte, están previstas en el sistema penal argentino, de modo que se ha cumplimentado con la obligación al respecto.

2.20. Acuerdo Contra el Tráfico Ilícito de Migrantes entre los Estados Partes del Mercosur, la República de Bolivia y la República de Chile

Aprobado por ley 26.384 (promulgada el 10/06/08).

2.20.1. Introducción. Objetivos del Acuerdo

Fue suscripto en Belo Horizonte, Brasil, el 16 de diciembre de 2004, con la finalidad de adoptar medidas para prevenir, detectar y penalizar el tráfico de personas y migrantes.

2.20.2. Normas que obligan a penalizar.

De los arts. 4° y 2° surge la obligación de los Estados Parte de crear conductas delictivas.

El **art. 4°** del Acuerdo establece:

Penalización

1. Las partes del presente acuerdo adoptarán las medidas legislativas, reglamentarias y administrativas que sean necesarias para tipificar como ilícito penal las siguientes conductas, cuando se cometan intencionalmente y con el fin de obtener, directa o indirectamente algún beneficio financiero o material:
 - a. el tráfico ilícito de migrantes;
 - b. cuando se cometa con el fin de posibilitar el tráfico ilícito de migrantes:
 1. la creación de un documento de viaje o de identidad falso;
 2. la facilitación, suministro o la posesión de tal documento;



3. la habilitación de un migrante para permanecer en el territorio de un Estado parte sin haber cumplido los requisitos legales exigidos por dicho Estado parte.
 - c. la tentativa de comisión de un ilícito penal tipificado con arreglo al párrafo 1° del presente artículo;
 - d. la participación como cómplice o encubridor en la comisión de un ilícito penal tipificado con arreglo al presente Acuerdo;
 - e. la organización de otras personas para la comisión de un ilícito penal tipificado con arreglo al presente Acuerdo.
2. Constituirán circunstancias agravantes de la responsabilidad penal:
 - a. cuando se emplee violencia, intimidación o engaño en las conductas tipificadas en el presente acuerdo;
 - b. cuando en la comisión del ilícito penal se hubiere abusado de una situación de necesidad de la víctima, se hubiere puesto en peligro su vida, su salud o su integridad personal;
 - c. cuando la víctima sea menor de edad;
 - d. cuando los autores de los hechos actúen prevaliéndose de su condición de autoridad o funcionario público.

Para aclarar alguno de estos conceptos, hay que acudir al **art. 2°** del Acuerdo, que establece:

Definiciones

Para los fines del presente Acuerdo, se entenderá por:

1. “Tráfico ilícito de migrantes”: la facilitación de la entrada ilegal de una persona en un Estado parte del presente acuerdo del cual no sea nacional o residente con el fin de obtener, directa o indirectamente, algún beneficio financiero o material;
2. “Entrada ilegal”: el ingreso sin haber cumplido los requisitos necesarios para entrar legalmente en el Estado parte receptor;
3. “Documento de identidad o de viaje falso”: cualquier documento de viaje o de identidad que sea:
 - a. elaborado o expedido de forma fraudulenta o alterado materialmente por cualquiera que no sea la persona o entidad legalmente autorizada



- para producir o expedir el documento de viaje o de identidad en nombre de un Estado parte del presente acuerdo;
- b.* expedido u obtenido indebidamente mediante declaración falsa, corrupción, coacción o de cualquier otra forma ilegal; o
- c.* utilizado por una persona que no sea su titular legítimo.

Surge del Acuerdo la obligación para los Estados Parte de criminalizar una serie de conductas.

2.20.3. Normas del sistema penal argentino que prevén estos delitos

Como ya vimos, en el sistema penal argentino encontramos **la ley 25.871**⁶⁸ (ley de migraciones) que prevé distintas figuras delictivas relacionadas al tema que analizamos, especialmente observable entre sus arts. 116 y 121. No vamos a reproducir aquí los artículos mencionados, como ya lo hicimos previamente.

Como puede observarse, las conductas que el Acuerdo describe en el art. 4.1.a está prevista en el art. 116 de la ley.

Las conductas que describe el Acuerdo en el art. 4.1.b están previstas en el art. 118 y 119.

Luego, las conductas que describe el Acuerdo en el art. 4.1.c, 4.1.d y 4.1.e están previstas en el código penal en el art. 42 (tentativa), 45 y 46 (participación criminal) y 210 (asociación ilícita).

También están previstas las conductas que menciona el Acuerdo en el art. 4.2 (agravantes) en los arts. 119, 120 y 121 de la ley.

2.20.4. Conclusiones en relación al Acuerdo Contra el Tráfico Ilícito de Migrantes entre los Estados Partes del Mercosur, la República de Bolivia y la República de Chile

En conclusión, las conductas que el Acuerdo obliga a criminalizar a los Estados parte, están previstas en el sistema penal argentino, de modo que se ha cumplimentado con la obligación al respecto.

⁶⁸ Esta ley fue promulgada el 20/01/04 y publicada en el B.O. del 21/01/04.



2.21. Convención Suplementaria sobre la Abolición de la Esclavitud, la Trata de Esclavos y las Instituciones y Prácticas Análogas a la Esclavitud

Aprobada por Decreto 7672/63, art. 8° (publicado en el B.O. del 19/9/63).

2.21.1. Introducción. Objetivos de la Convención

Entró en vigencia el 30/4/57, tiene por finalidad combatir la esclavitud, trata de esclavos e instituciones análogas.

2.21.2. Normas que obligan a los Estados Partes a criminalizar conductas

El art. 3° de la Convención establece:

1. El acto de transportar o de intentar transportar esclavos de un país a otro por cualquier medio de transporte, o la complicidad en dicho acto, constituirá delito en la legislación de los Estados Partes en la Convención, y las personas declaradas culpables de él serán castigadas con penas muy severas.
2.
 - a. Los Estados Partes dictarán todas las disposiciones necesarias para impedir que los buques y las aeronaves autorizados a enarbolar su pabellón transporten esclavos y para castigar a las personas culpables de dicho acto o de utilizar el pabellón nacional con ese propósito;
 - b. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas necesarias para impedir que sus puertos, aeropuertos y costas sean utilizados para el transporte de esclavos.
3. Los Estados Partes en la Convención procederán a un intercambio de información con objeto de conseguir una coordinación práctica de las medidas tomadas por ellos para combatir la trata de esclavos y se comunicarán mutuamente todo caso de trata de esclavos y toda tentativa de cometer dicho delito que lleguen a su conocimiento.

El art. 5° establece:

En cualquier país donde la esclavitud o las instituciones y prácticas mencionadas en el artículo 1° de esta Convención no hayan sido completamente



abolidas o abandonadas, el acto de mutilar o de marcar a fuego, o por otro medio, a un esclavo o a una persona de condición servil —ya sea para indicar su condición, para infligirle un castigo o por cualquier otra razón—, o la complicidad en tales actos, constituirá delito en la legislación de los Estados Partes en la Convención, y las personas declaradas culpables incurrirán en penalidad.

El art. 6° establece:

1. El hecho de reducir a una persona a esclavitud, o de inducirla a enajenar su libertad o la de una persona dependiente de ella para quedar reducida a esclavitud, la tentativa de cometer estos actos o la complicidad en ellos o la participación en un acuerdo para ejecutarlos, constituirán delito en la legislación de los Estados Partes en la Convención y las personas declaradas culpables de ellos incurrirán en penalidad.
2. A reserva de lo establecido en el párrafo primero del artículo 1° de la Convención, las disposiciones del párrafo 1 del presente artículo se aplicarán también al hecho de inducir a una persona a someterse o a someter a una persona dependiente de ella a un estado servil que resulte de cualquiera de las instituciones o prácticas mencionadas en el artículo 1°, así como a la tentativa de cometer estos actos, o la complicidad en ellos, y a la participación en un acuerdo para ejecutarlos.

Finalmente, el **art. 7°** establece las definiciones en relación a los artículos anteriores:

A los efectos de la presente Convención:

- a. La “esclavitud”, tal como está definida en el Convenio sobre la Esclavitud de 1926, es el estado o condición de las personas sobre las que se ejercen todos o parte de los poderes atribuidos al derecho de propiedad, y “esclavo” es toda persona en tal estado o condición;
- b. La expresión “persona de condición servil” indica toda persona colocada en la condición o estado que resulta de alguna de las instituciones o prácticas mencionadas en el artículo 1° de la Convención;
- c. “Trata de esclavos” significa y abarca todo acto de captura, de adquisición o de disposición de una persona con intención de someterla a esclavitud; todo



acto de adquisición de un esclavo con intención de venderlo o de cambiarlo; todo acto de cesión por venta o cambio de una persona, adquirida con intención de venderla o cambiarla, y, en general, todo acto de comercio o de transporte de esclavos, sea cual fuere el medio de transporte empleado.

Como se puede advertir de la lectura de los arts. 3º, 5º y 6º surge la obligación de tipificar conductas vinculadas a la esclavitud, para los Estados Parte.

2.21.3. Normas del código penal argentino vinculadas a la materia

En el código penal argentino encontramos el art. 140 que sanciona expresamente la reducción a esclavitud o condición análoga, así como también a servidumbre, servicios forzados o matrimonio servil.

El art. 140 del C.P. establece:

Serán reprimidos con reclusión o prisión de cuatro (4) a quince (15) años el que redujere a una persona a esclavitud o servidumbre, bajo cualquier modalidad, y el que la recibiere en tal condición para mantenerla en ella. En la misma pena incurrirá el que obligare a una persona a realizar trabajos o servicios forzados o a contraer matrimonio servil.

De este modo, vemos que las conductas indicadas en la convención en los arts. 3.1 y 6.2 están previstas ya en este artículo del código penal.

Luego, las conductas que describe el art. 6.1 (tentativa y complicidad en estos delitos) están previstas en el art. 42 del C.P.

La conducta que menciona el art. 5º están sancionadas por los artículos que se refieren a las lesiones en sus distintas modalidades en el código penal argentino, además del art. 140 que ya vimos.

Como podemos ver, todas las conductas que la Convención obliga a tipificar están previstas en el código penal argentino como delitos.



2.21.4. Conclusiones respecto de la Convención Suplementaria sobre la Abolición de la Esclavitud, la Trata de Esclavos y las Instituciones y Prácticas Análogas a la Esclavitud

El Estado argentino ha cumplido con todas las obligaciones de tipificar conductas vinculadas a la trata de esclavos y situaciones análogas, que surgen de la convención.

2.22. Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio

Aprobada por Decreto Ley 6286 (del 09/4/56, y ratificada por ley 14.467).

2.22.1. Introducción. Objetivos de la Convención

La Convención fue aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas en París, el 09 de diciembre de 1948.

Los objetivos de la convención son prevenir y sancionar el delito de genocidio, el cual se reconoce como un delito de derecho internacional.

2.22.2. Disposiciones que obligan a criminalizar

Surge de los arts. II y siguientes el concepto de genocidio, y la obligación de los Estados Parte de tomar medidas legislativas para sancionar el delito de genocidio en su orden interno.

El **art. II** establece:

En la presente Convención, se entiende por genocidio, cualquiera de los actos mencionados a continuación, perpetrados con la intención de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal:

- a.* Matanza de miembros del grupo;
- b.* Lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo;
- c.* Sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial;
- d.* Medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo;
- e.* Traslado por fuerza de niños del grupo a otro grupo.



Luego, el **art. III** establece: “Serán castigados los actos siguientes:

- a. El genocidio;
- b. La asociación para cometer genocidio;
- c. La instigación directa y pública a cometer genocidio;
- d. La tentativa de genocidio;
- e. La complicidad en el genocidio”.

Finalmente, en el **art. V** impone la obligación a los Estado para criminalizar estas conductas:

Las partes contratantes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus Constituciones respectivas, las medidas legislativas necesarias para asegurar la aplicación de las disposiciones de la presente Convención y especialmente a establecer sanciones penales eficaces para castigar a las personas culpables de genocidio o de cualquier otro de los actos enumerados en el artículo III.

2.22.3. Disposiciones del código penal argentino vinculadas a las conductas descritas por la Convención

Si en el código penal argentino existiera una figura básica de genocidio, las demás exigencias de la convención estarían cumplidas, ya que se refieren a la tentativa, participación y asociación (ilícita). Para cubrir esas conductas, se pueden aplicar las reglas del código de los arts. 42, 45, 46 y 210.

Sin embargo, el punto central en relación a esta convención, es si el código penal argentino tiene una figura penal que abarque las conductas que la convención define como genocidio.

En algún momento se pensó que con la incorporación del homicidio agravado por odio racial o religioso (art. 80, inc. 4º, del C.P.) se cubría esa obligación del Estado de legislar en la materia. La agravante también se aplicaría a los delitos de lesiones y agresión. Fue precisamente la idea de Soler, que en su proyecto de código penal (1960)



había pensado en esa agravante del homicidio para abarcar las conductas de *genocidio* que imponía la convención aprobada por Argentina unos años antes⁶⁹.

Sin embargo, debemos reconocer que se trata de figuras penales diferentes, aunque el resultado (muerte) sea el mismo para la víctima. Lo que caracteriza al genocidio (como ya lo describiera la convención hace más de 60 años) es que se comete ese homicidio con la finalidad especial de destruir a un grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal⁷⁰.

Además, hay otras conductas mencionadas en la convención que no están previstas en el código penal argentino, ni son equiparables a las que prevé nuestro código: el caso de *traslado por la fuerza de niños de un grupo a otro*.

Ninguna norma del sistema penal argentino contempla actualmente los hechos descriptos en la convención como delitos. Sí estaba previsto en las últimas propuestas de

⁶⁹ Señalaba **Soler** en la exposición de motivos de su proyecto: “En el homicidio calificado damos cabida a la agravación derivada del odio racial o religioso. La República ha suscripto la convención sobre genocidio. Los perfiles de este delito son considerablemente borrosos en más de un aspecto, y son conocidos los peligros que comportan en derecho penal esa clase de vaguedades frente al principio *nullum crimen sine lege*. Por eso preferimos fijar con la mayor exactitud posible la consecuencia legislativa de la citada convención: el odio racial constituye una circunstancia agravante de calificación para el homicidio, las lesiones y la agresión. Este es un aspecto que nos parece claro. Por lo que hace a los propósitos de exterminación de muchas personas, parece que las previsiones sobre concurso de delitos y sobre seguridad común son suficientes. Diez homicidios no constituyen una figura distinta de la de un homicidio por el sólo hecho de ser diez. Si el hecho ha sido cometido por medio catastrófico, es calificado; en todo caso estamos en presencia de un concurso, de modo que siempre vamos a parar a las más altas penas”. Cfr. **Soler**, Sebastián, “El proyecto de código penal del Doctor Sebastián Soler y sus antecedentes”, en *Cuadernos de ciencia penal y criminología*, número 6, p. 74, Universidad Nacional del Litoral, 1964, p. 74. **Fierro** criticaría a Soler, precisamente por no alcanzar a distinguir entre un homicidio de muchas personas y un genocidio: “Estas últimas, por cierto, superan al mero hecho policial de uno o varios homicidios calificados y tiene razón Laplaza cuando afirma que el exterminio de diez o cien mil individuos de un determinado grupo étnico con el propósito de destruirlo total o parcialmente, es algo más y también algo distinto del concepto de homicidios reiterados, aun cuando la penalidad que en definitiva se imponga sea la misma”. Cfr. Fierro, Guillermo, *La Ley penal y el Derecho Internacional*, 2ª edición, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Editorial Tea, 1997, p. 412.

⁷⁰ Esta finalidad especial no sería igual a la que exige el art. 80, inc. 4º, “[...] por odio racial [...]”. Aquí se mata por odio, aunque no con el fin de destruir el grupo total o parcialmente, como lo indica la convención.



reformas integrales al código penal. En el proyecto 2006, 2013⁷¹ y en el de 2018⁷² se consagraban expresamente los delitos de genocidio de la convención.

2.22.4. Conclusiones respecto de la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio

Como hemos visto, el Estado argentino no ha cumplido con la obligación asumida en esta convención, de tipificar el delito de genocidio en sus distintas modalidades. Las figuras existentes en la legislación interna no son suficientes para suplantar las que se ha obligado a crear.

Tengamos en cuenta, además, que se trata de una convención que tiene rango constitucional según el art. 75, inc. 22, de la C.N.

2.23. Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura

2.23.1. Introducción

La Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura (de siglas “C.I.P.S.T.”) es un instrumento internacional de los derechos humanos, creado dentro de la Organización de Estados Americanos con el objetivo de prevenir y sancionar casos de tortura y otras actividades similares. La Convención Interamericana entró en vigor el 28 de febrero de 1987, y, a partir de 2010, 18 países son parte de la misma.

La Convención también exige a los Estados Partes adoptar medidas eficaces para prevenir la tortura dentro de sus fronteras, y fomenta la extradición de personas acusadas de tortura.

⁷¹ En el **proyecto de 2013** (Zaffaroni) estaba previsto en el **art. 64** que decía: “Genocidio. Se impondrá prisión de veinte a treinta 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”.

⁷² En este proyecto, el genocidio estaba contemplado en el art. 517. A diferencia del proyecto anterior, en este caso también se legislaba expresamente la instigación directa y pública a cometer genocidio. El proyecto de 2013 no lo hacía porque consideraba suficientes las normas generales de la instigación pública a cometer delitos.



Adoptada en Cartagena de Indias, Colombia, el 9 de diciembre de 1985.
Aprobada por la República Argentina por ley 23.652 el 29 de septiembre de 1988.
Ratificada por el Gobierno argentino el 31 de marzo de 1989.

Debemos analizar si obliga al Estado argentino a crear nuevas figuras delictivas, y, en caso positivo, si Argentina ha cumplido con dicha manda.

2.23.2. Las normas de la Convención en función del objeto del presente trabajo

De las disposiciones de la Convención, surge claramente la obligación de crear delitos. Transcribimos a continuación, las partes pertinentes:

Art. 1°. Los Estados Partes se obligan a prevenir y a sancionar la tortura en los términos de la presente Convención.

Art. 2°. Para los efectos de la presente Convención se entenderá por tortura todo acto realizado intencionalmente por el cual se inflijan a una persona penas o sufrimientos físicos o mentales, con fines de investigación criminal, como medio intimidatorio, como castigo personal, como medida preventiva, como pena, o con cualquier otro fin. Se entenderá también como tortura la aplicación sobre una persona de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o angustia psíquica.

No están comprendidos en el concepto de tortura las penas o sufrimientos físicos o mentales que sean únicamente consecuencia de medidas legales o inherentes a éstas, siempre que no incluyan la realización de los actos de aplicación de los métodos a que se refiere el presente artículo.

Art. 3°. Serán responsables del delito de tortura:

- a. Los empleados o funcionarios públicos que actuando en ese carácter ordenen, instiguen, induzcan su comisión, lo cometan directamente o que, pudiendo impedirlo, no lo hagan.
- b. Las personas que a instigación de los funcionarios o empleados públicos a que se refiere el inc. a) ordenen, instiguen o induzcan a su comisión, lo cometan directamente o sean cómplices.



Art. 4°. El hecho de haber actuado bajo órdenes superiores no eximirá de la responsabilidad penal correspondiente.

Art. 5°. No se invocará ni admitirá como justificación del delito de tortura la existencia de circunstancias tales como estado de guerra, amenaza de guerra, estado de sitio o de emergencia, conmoción o conflicto interior, suspensión de garantías constitucionales, la inestabilidad política interna u otras emergencias o calamidades públicas.

Ni la peligrosidad del detenido o penado, ni la inseguridad del establecimiento carcelario o penitenciario pueden justificar la tortura.

Art. 6°. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 1°, los Estados Partes tomarán medidas efectivas para prevenir y sancionar la tortura en el ámbito de su jurisdicción.

Los Estados Partes se asegurarán de que todos los actos de tortura y los intentos de cometer tales actos constituyan delitos conforme a su derecho penal, estableciendo para castigarlos sanciones severas que tomen en cuenta su gravedad.

Igualmente, los Estados Partes tomarán medidas efectivas para prevenir y sancionar, además, otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes en el ámbito de su jurisdicción.

[...]

Art. 12. Todo Estado Parte tomará las medidas necesarias para establecer su jurisdicción sobre el delito descrito en la presente convención en los siguientes casos:

- a. Cuando la tortura haya sido cometida en el ámbito de su jurisdicción;
- b. Cuando el presunto delincuente tenga su nacionalidad; o
- c. Cuando la víctima sea nacional de ese Estado y éste lo considere apropiado.

Todo Estado Parte tomará además las medidas necesarias para establecer su jurisdicción sobre el delito descrito en la presente convención cuando el presunto delincuente se encuentre en el ámbito de su jurisdicción y no procesa a extraditarlo de conformidad con al artículo 11.



Consideramos que la obligación principal de tipificar el delito de tortura, surge claramente del art. 6° de la Convención. También surge de ese artículo la obligación de criminalizar otras conductas que impliquen tratos inhumanos, crueles o degradantes.

En función de ello debemos analizar el concepto de tortura que brinda la Convención (art. 2°) a fines de evaluar si el Estado nacional ha cumplido con tal mandato. Igualmente, del art. 3° surge la obligación de considerar como tortura no solamente la ejecución directa de esos actos, sino también la omisión de impedirlos, la instigación a cometerlos y la actuación como cómplices. Hay que evaluar si en el código argentino, esta responsabilidad penal alcanza también a todas estas personas.

También creemos necesario analizar el art. 4° para verificar que no implique una modificación a las circunstancias que en nuestra legislación penal eximen del delito.

Finalmente, es importante ver si el art. 12 no significa también una forma de ampliar la obligación de criminalizar al Estado argentino, al imponer supuestos que modifiquen las reglas generales del ámbito espacial de aplicación de la ley penal⁷³.

2.23.3. La obligación de penalizar

En el art. 1° se determina que “Los Estados Partes se obligan a prevenir y a sancionar la tortura en los términos de la presente Convención”.

Ya esta disposición genérica puede tomarse como una obligación del Estado a criminalizar la conducta. Pero luego, según surge del art. 6° de la Convención:

[...] los Estados Partes tomarán medidas efectivas para prevenir y sancionar la tortura en el ámbito de su jurisdicción. Los Estados Partes se asegurarán de que todos los actos de tortura y los intentos de cometer tales actos constituyan delitos conforme a su derecho penal, estableciendo para castigarlos sanciones severas que tomen en cuenta su gravedad.

No quedan dudas de que se trata de una obligación de crear una figura delictiva que prevea tal conducta.

En el código penal argentino el delito de tortura está previsto en el **art. 144 ter** y siguientes.

⁷³ Las reglas generales de aplicación espacial de la ley penal surgen del art. 1° del C.P.



Art. 144 *ter*:

- 1°. Será reprimido con reclusión o prisión de ocho a veinticinco años e inhabilitación absoluta y perpetua el funcionario público que impusiere a personas, legítima o ilegítimamente privadas de su libertad, cualquier clase de tortura. Es indiferente que la víctima se encuentre jurídicamente a cargo del funcionario, bastando que éste tenga sobre aquélla poder de hecho. Igual pena se impondrá a particulares que ejecutaren los hechos descritos.
- 2°. Si con motivo u ocasión de la tortura resultare la muerte de la víctima, la pena privativa de libertad será de reclusión o prisión perpetua. Si se causare alguna de las lesiones previstas en el artículo 91, la pena privativa de libertad será de reclusión o prisión de diez a veinticinco años.

Por tortura se entenderá no solamente los tormentos físicos, sino también la imposición de sufrimientos psíquicos, cuando éstos tengan gravedad suficiente.

Art. 144 *quater*:

- 1°. 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.
- 2°. La pena será de uno a cinco años de prisión para el funcionario que en razón de sus funciones tomase conocimiento de la comisión de alguno de los hechos del artículo anterior y, careciendo de la competencia a que alude el inciso precedente, omitiese denunciar dentro de las veinticuatro horas el hecho ante el funcionario, ministerio público o juez competente. Si el funcionario fuera médico se le impondrá, además, inhabilitación especial para el ejercicio de su profesión por doble tiempo de la pena de prisión.
- 3°. Sufrirá la pena prevista en el inciso 1° de este artículo el juez que, tomando conocimiento en razón de su función de alguno de los hechos a que se refiere el artículo anterior, no instruyere sumario o no denunciare el hecho al juez competente dentro de las veinticuatro horas.
- 4°. En los casos previstos en este artículo, se impondrá, además, inhabilitación especial perpetua para desempeñarse en cargos públicos. La inhabilitación comprenderá la de tener o portar armas de todo tipo.



Art. 144 quinto: Si se ejecutase el hecho previsto en el artículo 144 tercero, se impondrá prisión de seis meses a dos años e inhabilitación especial de tres a seis años al funcionario a cargo de la repartición, establecimiento, departamento, dependencia o cualquier otro organismo, si las circunstancias del caso permiten establecer que el hecho no se hubiese cometido de haber mediado la debida vigilancia o adoptado los recaudos necesarios por dicho funcionario.

2.23.3.a. El tipo penal de torturas (art. 144 *ter.* del C.P.)

Tal como se lee del art. 144 *ter* del código penal, nuestro sistema penal tiene cumplido (al menos en gran parte)⁷⁴ el mandato de la Convención, al criminalizar el acto de imposición de torturas. En el **inc. 1°** del art. 144 *ter* se prevé la figura básica, en el **inc. 2°** la agravante por la muerte o lesiones gravísimas de la víctima. En el **inc. 3°** se aclara que también es tortura la imposición de sufrimientos psíquicos cuando tengan gravedad suficiente.

El art. 144 *ter* es bastante amplio al definir la tortura. El texto actual vigente corresponde a la reforma operada en el año 1984 por la ley 23.097⁷⁵.

A diferencia de la legislación nacional anterior a la ley mencionada, ésta es más acorde a lo dispuesto por la Convención. En principio se refiere a “cualquier clase de torturas”, y en la parte final aclara que se abarca los tormentos físicos y la imposición de sufrimientos psíquicos. Asimismo, basta con que el autor tenga un poder de hecho sobre la víctima y no es necesario que se encuentre jurídicamente a cargo del funcionario⁷⁶.

⁷⁴ Rafecas sostiene que el concepto de tortura de la Convención Interamericana es más amplio que el concepto del código penal argentino porque en este último se exige que los sufrimientos síquicos tengan *gravedad suficiente*, mientras que en la Convención no se exige gravedad de los sufrimientos sean físicos o síquicos. De ser así, los sufrimientos síquicos *no graves* quedarían fuera del concepto de tortura que propone la Convención Interamericana. Por otra parte, reconoce el autor que el concepto del código penal argentino está más acorde con la definición de tortura de la Convención de Naciones Unidas. Cfr. Rafecas, Daniel, *El crimen de tortura. En el Estado autoritario y en el Estado de derecho*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Editorial Didot, 2015, p. 104.

⁷⁵ La ley 23.097 del 29/10/84 dictada con posterioridad al período de la dictadura militar, vino a suplir un *vacío legal* del código penal ya que en ese artículo sólo se hablaba de la aplicación de *tormentos* a los presos que guarde un funcionario público, y la pena era mucho menor a la actual.

⁷⁶ Este era uno de los requisitos en el texto anterior de la ley: la víctima debía estar a cargo formalmente del autor que aplicaba los tormentos, lo cual era una dificultad más para la acusación que debía probar dicho requisito como un elemento objetivo del tipo penal.



También se admite como autores de la tortura a las personas (particulares) que ejecuten los hechos descritos, no necesariamente tiene que ser un funcionario público.

La Convención también exige que la sanción sea “severa”⁷⁷ para los casos de tortura. En ese sentido, entendemos que se ha cumplido con el mandato ya que la pena que está prevista para el delito en su forma básica, es la pena máxima divisible (de 8 a 25 años de prisión) del código penal argentino, equiparable al homicidio.

En este punto no habría nada que objetar en relación al cumplimiento del Estado argentino.

En punto a la finalidad que debe tener el autor al momento de aplicar los padecimientos o tormentos, la Convención es bien amplia⁷⁸, no exige una finalidad específica. Del mismo modo, el código penal argentino tampoco exige una determinada finalidad⁷⁹.

2.23.3.a.i. La Corte Interamericana y su interpretación de la tortura

La Corte interamericana en distintos fallos se ha pronunciado sobre el significado de Tortura. Voy a hacer referencia en particular a dos de esos fallos, en los que el Estado argentino ha sido condenado: la causa “Bueno Alves vs. Argentina” y “Bayarri vs. Argentina”.

En el primer caso⁸⁰, la Corte sostuvo que define a la tortura en función del art. 2° de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura y a la luz del art. 5.2 de la Convención Americana, ya que conforme a su jurisprudencia

[...] al dar interpretación a un tratado no sólo se toman en cuenta los acuerdos e instrumentos formalmente relacionados con éste (inc. segundo del art. 31 de la Convención de Viena), sino también el sistema dentro del cual se inscribe (inc. tercero del art. 31).

⁷⁷ Art. 6° de la Convención.

⁷⁸ El **art. 2° de la Convención** entiende por tortura la imposición de sufrimientos físicos o mentales, con fines de investigación criminal, como medio intimidatorio, como castigo corporal, como medida preventiva, como pena, *o con cualquier otro fin*” (la cursiva es nuestra). Es decir que no exige una finalidad específica.

⁷⁹ Una cuestión discutida en la doctrina y jurisprudencia penal se refería a la finalidad del autor de los sufrimientos físicos o síquicos. ¿Necesariamente el autor debe tener la finalidad de que la víctima confiese un hecho delictivo, o alguna otra finalidad específica? ¿o basta con que el autor sepa que ocasiona esos sufrimientos?

⁸⁰ Causa “Bueno Alves vs. Argentina”. Sentencia de 11 de mayo de 2007.



La Corte entendió en este caso que **los elementos constitutivos de la tortura son**⁸¹: (a) un acto intencional, (b) que cause severos sufrimientos físicos o mentales, y (c) que se cometa con determinado fin o propósito.

Destaco como dato importante de esta interpretación que hace la Corte que no se exige una única finalidad específica, como sería, por ejemplo: obtener información. Lo que sí exige la Corte es *un determinado fin*. En este sentido, se puede entender que el código penal argentino no contradice ni restringe esta interpretación del concepto de tortura.

Por otra parte, es importante también destacar que la Corte exige la causación de *severos sufrimientos físicos o mentales*. Sobre este punto habíamos visto que algún sector de la doctrina⁸² señalaba que el concepto del código penal no cubría todo el concepto de la Convención, porque mientras esta última hablaba de daño físico o síquico en general, el código exigía que el daño síquico sea grave.

Según la interpretación de la Corte entonces, la tortura tanto en su forma de daño físico como de daño síquico, exige cierta gravedad.

En la causa “Bayarri vs. Argentina”⁸³ la Corte volvió a mencionar los tres elementos constitutivos de la tortura: (a) maltrato intencional, (b) cause severos sufrimientos físicos o mentales, y (c) se cometa con cualquier fin o propósito, entre ellos, la investigación de delitos.⁸⁴

El art. 6° de la Convención se refiere no solamente al acto de torturas, sino también a los “intentos” de cometer tales actos. Consideramos que con la punición de la tentativa (arts. 42 a 44 C.P.) estaría cumplida dicha obligación del Estado argentino.

2.23.3.b. Los tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes

En función del **art. 6° y 2°** de la Convención, el Estado argentino tiene la obligación de penar no solamente las torturas, sino también todo acto que implique tratos crueles, inhumanos o degradantes.

⁸¹ Considerandos 78 y 79.

⁸² Rafecas, ob. cit., p. 104.

⁸³ Sentencia de 30 de octubre de 2008.

⁸⁴ Considerando 81.



Entendemos que esta obligación estaría cumplida en los **arts. 143, inc. 3° y 5°, y 144 bis, incs. 2° y 3°** del código penal argentino. Pasamos a analizar estas disposiciones.

El **art. 144 bis** del C.P. establece:

Será reprimido con prisión o reclusión de uno a cinco años e inhabilitación especial por doble tiempo:

[...]

2. El funcionario que desempeñando un acto de servicio cometiera cualquier vejación contra las personas o les aplicare apremios ilegales;
3. El funcionario público que impusiere a los presos que guarde, severidades, vejaciones o apremios ilegales.

El **art. 143** establece:

Será reprimido con reclusión o prisión de uno a tres años e inhabilitación especial por doble tiempo:

[...]

3. El funcionario que incomunicare indebidamente a un detenido.

[...]

5. El alcaide o empleado de las cárceles de detenidos y seguridad que recibiere un preso sin orden de autoridad competente, salvo el caso de flagrante delito.

Como puede advertirse, en el código penal están previstas las conductas señaladas en la Convención. Se entiende que los **apremios ilegales** responden al concepto internacional de *tratos crueles e inhumanos*, y el supuesto de **vejaciones y severidades** al concepto internacional de *trato degradante*.⁸⁵

2.23.3.c. Ampliación de la punición a los inductores, omitentes y cómplices

Surge del **art. 3° de la Convención** que también serán responsables del delito de tortura los funcionarios públicos que instiguen o induzcan su comisión, lo cometan directamente, o que, pudiendo impedirlo, no lo hagan. También los sujetos que, instigados

⁸⁵ Rafecas, ob. cit., p. 271.



por funcionarios, ordenen instiguen o induzcan a su comisión, lo cometan o sean cómplices.

Los *instigadores o inductores*⁸⁶ están comprendidos por el art. 45 (última parte) del C.P.⁸⁷ Esto vale para los instigadores funcionarios públicos o particulares. Según el mismo art. 45 los que cometen directamente son ejecutores⁸⁸.

En la parte que se refiere a los sujetos que “... *pudiendo impedirlo, no lo hagan*”, se refiere a los omitentes.

En el código penal argentino está prevista la responsabilidad penal de los omitentes en los delitos de torturas en los arts. 144 *quater* y 144 *quinquies*.

El 144 *quater* se refiere, en el inc. 1°, a los funcionarios que omiten evitar la comisión de los hechos de tortura cuanto tuviesen competencia para ello⁸⁹.

El 144 *quater*, en el inc. 2°, se refiere a los funcionarios públicos que, sin tener competencia para evitar el hecho, no lo denuncian.

El 144 *quater*, en el inc. 3°, se refiere a la responsabilidad del juez que no formare causa o denunciare a quien fuera competente.

Finalmente, en el art. 144 *quinquies* se impone pena al funcionario a cargo de la repartición que no haya tomado la debida diligencia o adoptado los recaudos necesarios para evitar el hecho.

Como puede verse, el código penal ha previsto una gran variedad de supuestos del delito por omisión.

Finalmente, en el inc. *b*, última parte, del art. 3°, se hace referencia a los cómplices.

La responsabilidad penal de los cómplices y de los partícipes necesarios está prevista en el art. 45 del C.P.

⁸⁶ Técnicamente los *instigadores* son los *inductores* en el sistema penal argentino. Serían expresiones equivalentes.

⁸⁷ El artículo 45 del C.P. establece: “Los que tomasen parte en la ejecución del hecho o prestasen al autor o autores un auxilio o cooperación sin los cuales no habría podido cometerse, tendrán la pena establecida para el delito. En la misma pena incurrirán los que hubiesen determinado directamente a otro a cometerlo”.

⁸⁸ Ejecutores o autores directos están previstos en la primera parte del art. 45 del C.P.

⁸⁹ No hay acuerdo en la doctrina penal argentina respecto a si se trata de un delito impropio de omisión (Seco Pon, Delgado y Noguera, en Baigún, David y Zaffaroni, Eugenio Raúl (directores), *Código Penal y normas complementarias*, Tomo 5, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Editorial Hammurabi, 2011, p. 386), o de un delito de omisión simple (Soler, Sebastián, *Derecho Penal argentino*, 4ª edición, Tomo IV, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Editorial Tea, 1987, p. 58).



Consideramos que se cumple de este modo, con el mandato del art. 3° de la Convención.

2.23.3.d. La inadmisibilidad de eximente de obediencia debida

En el **art. 4° de la Convención** se establece que “*El hecho de haber actuado bajo órdenes superiores no eximirá de la responsabilidad penal correspondiente*”.

La Convención obliga a los Estados Partes a no admitir como eximición de responsabilidad penal el supuesto de *obediencia debida*.

Debemos revisar si en nuestra legislación interna existe alguna normativa al respecto.

En este sentido, encontramos la referencia más directa en el **art. 34, inc. 4° y 5°, del C.P.**, que establece: “**Art. 34.** No son punibles:

[...]

4. El que obrare en cumplimiento de un deber o en el legítimo ejercicio de su derecho, autoridad o cargo;
5. El que obrare en virtud de obediencia debida”.

Lo que debemos considerar, a partir de esta normativa, es si la regla del art. 34, incs. 4° y 5°, del C.P. se encuentran en contradicción con la norma del art. 4° de la Convención. De ser así, el Estado argentino tiene la obligación de modificar su legislación interna para adecuarla a lo establecido en la Convención, de rango superior.

El supuesto del inc. 4° del art. 34 C.P. indica que no será punible quien obrare en cumplimiento de un deber o ejercicio de autoridad o cargo. Ahora bien, es necesario que ese deber o ejercicio de autoridad se encuentre en el marco de la licitud. Ese análisis de licitud debe hacerse desde una perspectiva objetiva, es decir, sin considerar los posibles errores del sujeto que actúa. De este modo, nunca sería posible cometer una tortura *lícitamente*, ya que ella siempre sería ilícita. Nadie podría invocar el cumplimiento de un deber que implique semejante contradicción con la normativa constitucional y con el derecho internacional de los derechos humanos.

En resumen: objetivamente no podría existir un deber de torturar, por ello, nunca se podría invocar el cumplimiento de un deber o autoridad para cometer un acto de tortura.



Por otra parte, el supuesto del inc. 5° del C.P. señala como no punibles los supuestos de **obediencia debida**. Con respecto a este punto, corresponde señalar que no se trata de un supuesto autónomo de justificación, sino “[...] una insistencia legal aclaratoria en cuanto a otras eximentes ya contempladas en la legislación penal”⁹⁰. Esto significa que la obediencia debida como supuesto no punible del sistema penal argentino también debe ser analizado objetivamente en relación a su legalidad. Es decir, sólo puede excusar de responsabilidad penal el acto que implique el cumplimiento de una orden que a su vez sea lícita⁹¹. El cumplimiento de órdenes ilícitas no podría excusar de responsabilidad penal, no se considera supuesto de justificación ni de inculpabilidad.

La Corte I.D.H. en el caso “Barrios Altos” sostuvo la inadmisibilidad del establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, prohibida por contravenir derechos inderogables reconocidos por el derecho internacional de los derechos humanos⁹².

Es por ello que, en el caso de la legislación argentina, el art. 34 del C.P. no impide la sanción a quien cometa un acto de tortura, aun cumpliendo una orden superior. Objetivamente, el acto no se considera justificado. Si la orden es manifiestamente ilegal, cesa el deber de cumplirla.

Aunque se considera conveniente suprimir el art. 34, inc. 5°, del C.P., su existencia no implica una contradicción con la disposición del art. 4° de la Convención por la forma en que se la interpreta en doctrina y jurisprudencia.

2.23.3.e. La jurisdicción penal del Estado argentino impuesta por la Convención

Como hemos señalado, la Convención indica en su art. 12 una regla general en materia de aplicación del derecho penal en relación al espacio. Por ello, debemos analizar

⁹⁰ Cfr. Zaffaroni, Eugenio Raúl; Alagia, Alejandro y Slokar, Alejandro, *Derecho Penal*, Parte General, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Editorial Ediar, 2000.

⁹¹ Existe acuerdo sobre este aspecto en la dogmática penal actual. Rafecas indica: “Una interpretación distinta del art. 34, inc. 5°, del C.P., que la consagre como un permiso para la tortura bajo cumplimiento de órdenes superiores, sería manifiestamente inconstitucional: no solo se vería afectada la pretensión de coherencia interna del ordenamiento jurídico, sino que además una legislación así se postularía para prevalecer sobre normas jurídicas de rango superior, como lo son las cláusulas, ya mencionadas, que integran tratados internacionales de derechos humanos con rango constitucional, que prohíben específicamente el establecimiento de causas de justificación, entre otras, la obediencia de órdenes impartidas por un superior jerárquico”. Cfr. Rafecas, ob. cit., p. 199.

⁹² Cfr. Caso “Chumbipuma Aguirre y otros c. Perú”, sentencia del 14/3/2001, párr. 41.



si esta disposición no significa una modificación (u obligación de modificar) del ámbito material de aplicación de la ley penal argentina.

Las reglas generales de la materia están contempladas en el art. 1° del código penal argentino:

Art. 1°. Este código se aplicará:

1. Por delitos cometidos o cuyos efectos deban producirse en el territorio de la Nación Argentina, o en los lugares sometidos a su jurisdicción.
2. Por delitos cometidos en el extranjero por agentes o empleados de autoridades argentinas en desempeño de su cargo.
3. Por el delito previsto en el artículo 258 *bis* cometido en el extranjero por ciudadanos argentinos o personas jurídicas con domicilio en la República Argentina, ya sea aquel fijado en sus estatutos o el correspondiente a los establecimientos o sucursales que posea en el territorio argentino.

De acuerdo a lo establecido en el artículo transcrito, la regla de aplicación de la ley penal argentina se rige por el llamado principio de territorialidad, y también por el principio real o de defensa. Se debe aplicar la ley penal argentina a todos los hechos delictivos cometidos dentro de su territorio, independientemente de la nacionalidad del autor y víctima del delito (principio de territorialidad). A eso se refiere el art. 1° cuando señala los delitos cometidos en el territorio de la Nación o lugares sometidos a su jurisdicción.

Por otra parte, el art. 1° se refiere a los delitos cometidos en el extranjero por agentes de nuestro país en el desempeño de su cargo (principio real o de defensa). Finaliza el artículo con la previsión específica del delito de soborno transnacional, en cuyo caso también se aplicará la ley argentina si el autor fue un nacional.

Pero, como se puede observar, nuestro sistema penal no se pronunció por la aplicación del principio de nacionalidad (activa o pasiva). Es decir, la regla es que no se aplica el derecho penal argentino a un ciudadano argentino que haya cometido un delito en otro país, ni tampoco se aplica nuestro derecho nacional a un ciudadano extranjero que haya cometido un delito contra un argentino en territorio extranjero.

Ahora bien, la Convención en su art. 12 precisamente está imponiendo esta solución: obliga al Estado argentino a aplicar su derecho penal cuando el delito de tortura



se cometió en el ámbito de su jurisdicción (dentro de su territorio)⁹³, pero también obliga a aplicar el derecho penal argentino: “(b) Cuando el presunto delincuente tenga su nacionalidad; o (c) Cuando la víctima sea nacional de ese Estado y éste lo considere apropiado”.

Es decir que la Convención obliga al Estado argentino a perseguir penalmente —aplicando su legislación— aquellos casos de tortura en los que —pese a que el hecho se cometió en un territorio fuera de la jurisdicción argentina— el autor sea argentino, o la víctima sea argentina. La Convención está consagrando el principio de nacionalidad activa y pasiva que no está previsto en la legislación argentina, al menos no en el art. 1° del C.P.

Esto es un caso problemático desde la óptica de este trabajo, ya que en este punto el Estado argentino se ha obligado a “[...] tomar las medidas necesarias para establecer su jurisdicción sobre el delito”⁹⁴ de tortura. La pregunta es si existe entonces una obligación no cumplida por el Estado argentino en este punto.

Analizando la cuestión desde el código penal, parecería que existe una obligación incumplida. Nuestro código en el art. 1° consagra el principio de territorialidad y real, más no el de nacionalidad (activa ni pasiva). Pero, por otra parte, se podría decir que tratándose de un delito de Lesa Humanidad⁹⁵ se aplicarían los principios del derecho internacional de los Derechos Humanos, y, en consecuencia, no sería necesaria una reforma del art. 1° del código penal argentino.

El Estado argentino podría intervenir juzgando un caso de torturas cometido por un argentino en el extranjero, o cometido por cualquier persona en el extranjero contra un argentino, invocando los principios del Derecho Penal Internacional y las normas del *ius cogens*.

Estas normas del derecho internacional suplirían la omisión de la legislación interna. Sin embargo, a los fines de cumplir acabadamente con la Convención, consideramos conveniente agregar al art. 1° del código penal argentino un complemento en relación al art. 12 de la Convención. Esta problemática del principio de nacionalidad

⁹³ Esto ya estaría previsto en el art. 1° del C.P. argentino: principio de territorialidad.

⁹⁴ Art. 12 de la Convención.

⁹⁵ Sin dudas el caso de torturas se considera un delito de Lesa Humanidad.



(activa y pasiva) sería válida solamente para el delito de torturas, no para los otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, según lo indica el art. 6° de la Convención.

2.23.4. Conclusiones de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura

La Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura claramente obliga al Estado argentino a penalizar determinadas conductas, no solamente los actos de torturas, sino también los tratos crueles, inhumanos o degradantes.

En cuanto al delito de torturas, se entiende que la conducta tipificada en el código penal argentino abarca completamente el concepto de torturas de la Convención, para lo cual debe analizarse también los criterios de la Corte I.D.H. para definir las torturas. En cuanto a los tratos crueles, inhumanos o degradantes también están previstos en el código penal argentino.

El conjunto de conductas que la Convención obliga a penalizar se complementa con cualquier participación, sea por comisión o por omisión, lo cual ha sido cumplido sobradamente por la legislación penal argentina. Las tentativas y distintas formas de participación criminal también son punibles.

Por último, debemos señalar que el mandato de no admitir eximentes como justificaciones por obediencias debidas o cumplimientos de órdenes superiores, también se ha cumplimentado en el derecho interno. Si bien subsiste en el art. 34 del código penal argentino el supuesto de no punibilidad por cumplimiento de un deber y obediencia debida, la doctrina y jurisprudencia nacional y de la Corte I.D.H. han entendido que esas normas nunca podrían llevar a la no punición en un caso de torturas.

Finalmente, la cuestión de la jurisdicción plantea en la Convención una problemática importante ya que admite los principios de nacionalidad (activa y pasiva) en la aplicación espacial de la ley penal argentina. Como hemos visto, esa *falencia* actual del código penal argentino se puede suplir teniendo en cuenta los principios del Derecho Penal Internacional.

En consecuencia, el Estado argentino ha cumplido con las disposiciones de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura en cuanto a las obligaciones de penalizar conductas.



2.24. Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruels, Inhumanos o Degradantes

Aprobada por ley 23.338 (promulgada el 19/8/86).

2.24.1. Introducción. Objetivos de la Convención

Para hacer más eficaz la lucha contra la tortura y otros tratos crueles, inhumanos y degradantes, se firmó esta Convención en Nueva York, el 04 de febrero de 1985.

2.24.2. Normas que obligan a criminalizar

Entre los arts. 1° a 4° surge la obligación de los Estados Parte de prever en su derecho interno el delito de tortura, además de definirlo y obligar también a criminalizar las tentativas y formas de participación criminal.

El **art. 1°** establece:

1. A los efectos de la presente convención, se entenderá por el término “tortura” todo acto por el cual se inflijan intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia. No se considerarán torturas los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a éstas.
2. El presente artículo se entenderá sin perjuicio de cualquier instrumento internacional o legislación nacional que contenga o pueda contener disposiciones de mayor alcance.



Luego, en el **art. 2°** se obliga a los Estados Parte a tomar medidas para impedir la tortura:

1. Todo Estado Parte tomará medidas legislativas, administrativas, judiciales, o de otra índole eficaces para impedir los actos de tortura en todo territorio que esté bajo su jurisdicción.
2. En ningún caso podrán invocarse circunstancias excepcionales tales como estado de guerra o amenaza de guerra, inestabilidad política interna o cualquier otra emergencia pública como justificación de la tortura. No podrá invocarse una orden de funcionario superior o de una autoridad pública como justificación de la tortura.

Finalmente, en el **art. 4°** se establece la obligación de criminalizar:

1. Todo Estado Parte velará para que todos los actos de tortura constituyan delitos conforme a su legislación penal. Lo mismo se aplicará a toda tentativa de cometer tortura y a todo acto de cualquier persona que constituya complicidad o participación en la tortura.
2. Todo Estado Parte castigará esos delitos con penas adecuadas en las que se tenga en cuenta su gravedad.

Claramente surge del art. 4° la obligación de los Estados Parte de prever en su legislación interna, la figura de tortura y de sancionar con pena grave a los autores y partícipes en sus distintas modalidades. También se obliga a penar los supuestos de tentativa de tortura.

2.24.3. Las normas en el código penal argentino

Como ya hemos visto al analizar la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, en el código penal argentino el delito de tortura está previsto en el art. 144 *ter* y siguientes.

Art. 144 *ter*:

- 1°. Será reprimido con reclusión o prisión de ocho a veinticinco años e inhabilitación absoluta y perpetua el funcionario público que impusiere a personas, legítima o ilegítimamente privadas de su libertad, cualquier clase de tortura. Es indiferente que la víctima se encuentre jurídicamente a cargo



del funcionario, bastando que éste tenga sobre aquélla poder de hecho. Igual pena se impondrá a particulares que ejecutaren los hechos descritos.

2°. Si con motivo u ocasión de la tortura resultare la muerte de la víctima, la pena privativa de libertad será de reclusión o prisión perpetua. Si se causare alguna de las lesiones previstas en el artículo 91, la pena privativa de libertad será de reclusión o prisión de diez a veinticinco años.

Por tortura se entenderá no solamente los tormentos físicos, sino también la imposición de sufrimientos psíquicos, cuando éstos tengan gravedad suficiente.

Art. 144 *quater*:

1°. 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.

2°. La pena será de uno a cinco años de prisión para el funcionario que en razón de sus funciones tomase conocimiento de la comisión de alguno de los hechos del artículo anterior y, careciendo de la competencia a que alude el inciso precedente, omitiese denunciar dentro de las veinticuatro horas el hecho ante el funcionario, ministerio público o juez competente. Si el funcionario fuera médico se le impondrá, además, inhabilitación especial para el ejercicio de su profesión por doble tiempo de la pena de prisión.

3°. Sufrirá la pena prevista en el inciso 1° de este artículo el juez que, tomando conocimiento en razón de su función de alguno de los hechos a que se refiere el artículo anterior, no instruyere sumario o no denunciare el hecho al juez competente dentro de las veinticuatro horas.

4°. En los casos previstos en este artículo, se impondrá, además, inhabilitación especial perpetua para desempeñarse en cargos públicos. La inhabilitación comprenderá la de tener o portar armas de todo tipo.

Art. 144 *quinto*: Si se ejecutase el hecho previsto en el artículo 144 tercero, se impondrá prisión de seis meses a dos años e inhabilitación especial de tres a seis años al funcionario a cargo de la repartición, establecimiento, departamento, dependencia o cualquier otro organismo, si las circunstancias del caso permiten establecer que el hecho no se hubiese cometido de haber mediado la debida vigilancia o adoptado los recaudos necesarios por dicho funcionario.



Tal como se lee del art. 144 *ter* del código penal, nuestro sistema penal tiene el mandato de la Convención, al criminalizar el acto de imposición de torturas. En el **inc. 1°** del art. 144 *ter* se prevé la figura básica, en el **inc. 2°** la agravante por la muerte o lesiones gravísimas de la víctima. En el **inc. 3°** se aclara que también es tortura la imposición de sufrimientos psíquicos cuando tengan gravedad suficiente.

El art. 144 *ter* es bastante amplio al definir la tortura. El texto actual vigente corresponde a la reforma operada en el año 1984 por la ley 23.097⁹⁶.

A diferencia de la legislación nacional anterior a la ley mencionada, ésta es más acorde a lo dispuesto por la Convención. En principio se refiere a “cualquier clase de torturas”, y en la parte final aclara que se abarca los tormentos físicos y la imposición de sufrimientos psíquicos. Asimismo, basta con que el autor tenga un poder de hecho sobre la víctima y no es necesario que se encuentre jurídicamente a cargo del funcionario⁹⁷.

También se admite como autores de la tortura a las personas (particulares) que ejecuten los hechos descritos, no necesariamente tiene que ser un funcionario público.

La Convención también exige que la sanción sea *adecuada a la gravedad de los hechos* para los casos de tortura. En ese sentido, entendemos que se ha cumplido con el mandato ya que la pena que está prevista para el delito en su forma básica, es la pena máxima divisible (de 8 a 25 años de prisión) del código penal argentino, equiparable al homicidio⁹⁸.

En punto a la *finalidad* que debe tener el autor al momento de aplicar los padecimientos o tormentos, la Convención se refiere a

[...] el fin de obtener de ella o de un tercero, información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación.

⁹⁶ La ley 23.097 del 29/10/84, dictada con posterioridad al período de la dictadura militar, vino a suplir un *vacío legal* del código penal ya que en ese artículo sólo se hablaba de la aplicación de *tormentos* a los presos que guarde un funcionario público, y la pena era mucho menor a la actual.

⁹⁷ Este era uno de los requisitos en el texto anterior de la ley: la víctima debía estar a cargo formalmente del autor que aplicaba los tormentos, lo cual era una dificultad más para la acusación que debía probar dicho requisito como un elemento objetivo del tipo penal.

⁹⁸ Así lo reconoció también expresamente el Comité contra la tortura de la O.N.U., en su informe sobre la Argentina del año 1997, al expresar que “la severidad de las penas que sancionan la tortura formalmente satisfacen lo que dispone la Convención”. Cfr. Rafecas, ob. cit., p. 110.



De modo que en la Convención se exige para el concepto de tortura que el auto tenga alguna de esas finalidades específicas. En el código penal argentino no se exige una determinada finalidad⁹⁹ para que el acto sea considerado un supuesto de tortura. De este modo, el concepto del código penal argentino es más amplio que el de esta convención¹⁰⁰. Por ello, podemos decir que el Estado argentino ha cumplido con la obligación impuesta de criminalizar estas conductas. Siendo el concepto de torturas más amplio en el código, no existen objeciones que hacer desde el derecho internacional, ya que la regla es que los Estados pueden extender la punición a otros supuestos, según criterios de política criminal. Lo importante es que estén previstos como delictivos los casos señalados de manera genérica en los tratados.

Finalmente, al referirnos a la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, hemos visto que el Estado argentino ha cumplido también con las exigencias de sancionar la tentativa de este delito y sus distintas modalidades de participación criminal. En relación a este último punto, recordemos que en el código penal no solamente están sancionadas las distintas formas de participación criminal a través de los arts. 45 y 46, sino que también se hace referencia expresa a la punición de las omisiones de distintos funcionarios.

Del mismo modo, ya hemos analizado también la imposibilidad de excusar la comisión de la tortura en órdenes superiores (obediencia debida o cumplimiento de un deber) que esta convención también prohíbe expresamente en el art. 2°, apartado 2°.

2.24.4. La obligación impuesta por la Convención en relación a otros Tratos Cruels, Inhumanos o Degradantes

En el art. 16, la convención impone obligaciones a los Estados parte a fines de evitar tratos crueles, inhumanos o degradantes.

⁹⁹ Una cuestión discutida en la doctrina y jurisprudencia penal se refería a la finalidad del autor de los sufrimientos físicos o síquicos. ¿Necesariamente el autor debe tener la finalidad de que la víctima confiese un hecho delictivo, o alguna otra finalidad específica? ¿o basta con que el autor sepa que ocasiona esos sufrimientos?

¹⁰⁰ También hemos visto, al comentar la Convención Interamericana, que la Corte Interamericana en distintos fallos (entre ellos, “Bueno Alves contra Argentina” y “Bayarri contra Argentina”) ha considerado como requisito de la tortura, también la existencia de una finalidad especial de parte del autor.



El art. 16 establece:

1. Todo Estado Parte se comprometerá a prohibir en cualquier territorio bajo su jurisdicción otros actos que constituyan tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes y que no lleguen a ser tortura tal como se define en el artículo 1º, cuando esos actos sean cometidos por un funcionario público u otra persona que actúe en el ejercicio de funciones oficiales, o por instigación o con el consentimiento o la aquiescencia de tal funcionario o persona.
Se aplicarán, en particular, las obligaciones enunciadas en los artículos 10, 11, 12 y 13, sustituyendo las referencias a la tortura por referencias a otras formas de tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.
2. La presente convención se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en otros instrumentos internacionales o leyes nacionales que prohíban los tratos y las penas crueles, inhumanos o degradantes o que se refieran a la extradición o expulsión.

Debemos aclarar si en relación a estas conductas —que no llegan a ser torturas— también se impone la obligación de criminalizar. Entendemos que, a diferencia de las torturas, en este caso, la convención obliga a los Estados parte a “[...] prohibir los actos que constituyan tratos crueles, inhumanos o degradantes”. Pero esa obligación a prohibir no implica la obligación específica de crear delitos en su ámbito interno¹⁰¹.

A diferencia de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, que sí impone la obligación de “prevenir y sancionar”¹⁰² esos actos, en este caso entendemos que no existe tal obligación.

De todos modos, en el código penal argentino, como ya hemos visto, se ha tipificado no solamente la tortura, sino también la realización de estos actos, en distintas figuras delictivas.

¹⁰¹ También lo entiende de este modo, **Fierro**, ob. cit., p. 420.

¹⁰² El **art. 6º**, última parte, de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura dice: “Igualmente, los Estados Partes tomarán medidas efectivas para prevenir y sancionar, además, otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes en el ámbito de su jurisdicción”. Se puede advertir que, en este caso, se agrega la expresión *sancionar* después de *prevenir*. Como, además, esta referencia está dentro del artículo que obliga expresamente a prevenir como delitos esas conductas, se debe entender que en ese caso sí existe la obligación expresa de criminalizar.



2.24.5. La ampliación de la jurisdicción penal de los Estados Parte

Además de las disposiciones que vimos, la Convención también prevé normas relativas al ámbito de jurisdicción de los Estados Parte para juzgar estos delitos. Al respecto, señala el art. 5°:

Todo Estado Parte dispondrá lo que sea necesario para instituir su jurisdicción sobre los delitos a que se refiere el artículo 4° en los siguientes casos:

- a. Cuando los delitos se cometan en cualquier territorio bajo su jurisdicción o a bordo de una aeronave o un buque matriculados en ese Estado.
- b. Cuando el presunto delincuente sea nacional de ese Estado;
- c. Cuando la víctima sea nacional de ese Estado y éste lo considere apropiado.

Todo Estado Parte tomará además las medidas necesarias para establecer su jurisdicción sobre estos delitos en los casos en que el presunto delincuente se halle en cualquier territorio bajo su jurisdicción y dicho Estado no conceda la extradición, con arreglo al art. 8°, a ninguno de los Estados previstos en el párrafo 1° del presente artículo.

Al igual que en el caso de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, en esta también se obliga a los Estados Parte a ampliar su jurisdicción para juzgar los delitos.

Son válidas aquí las mismas reflexiones que hicimos en relación a la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, por ese motivo nos remitimos a lo indicado. El Estado argentino no ha cumplido con esta indicación, aunque tratándose de un delito de Lesa Humanidad, se podrían aplicar las normas del *ius cogens* y del Derecho Penal Internacional.

Estas normas del derecho internacional suplirían la omisión de la legislación interna. Sin embargo, a los fines de cumplir acabadamente con la Convención, consideramos conveniente agregar al art. 1° del código penal argentino un complemento en relación al art. 5° de la Convención que aquí analizamos.



2.24.6. Conclusiones en relación a la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes

Consideramos que esta convención impone a los Estados parte la obligación de criminalizar en su derecho interno los actos de tortura, su tentativa y distintas formas de participación criminal en ella. No impone tal obligación de criminalizar (sólo de prevenir) los actos que impliquen tratos crueles, inhumanos o degradantes.

El conjunto de conductas que la Convención obliga a penalizar se complementa con cualquier participación, sea por comisión o por omisión, lo cual ha sido cumplido sobradamente por la legislación penal argentina. Las tentativas y distintas formas de participación criminal también son punibles.

Por último, debemos señalar que el mandato de no admitir eximentes como justificaciones por obediencias debidas o cumplimientos de órdenes superiores, también se ha cumplimentado en el derecho interno. Si bien subsiste en el art. 34 del código penal argentino el supuesto de no punibilidad por cumplimiento de un deber y obediencia debida, la doctrina y jurisprudencia nacional y de la Corte I.D.H. han entendido que esas normas nunca podrían llevar a la no punición en un caso de torturas.

Finalmente, la cuestión de la jurisdicción plantea en la Convención una problemática importante ya que admite los principios de nacionalidad (activa y pasiva) en la aplicación espacial de la ley penal argentina. Como hemos visto, esa *falencia* actual del código penal argentino se puede suplir teniendo en cuenta los principios del Derecho Penal Internacional.

En consecuencia, el Estado argentino ha cumplido con las disposiciones de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes en cuanto a las obligaciones de penalizar conductas. Sería aconsejable la introducción de una disposición referida a la ampliación de la jurisdicción, cuando los delitos sean cometido por un nacional en el extranjero, o cuando la víctima sea un nacional.

2.25. Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad

Aprobada por ley 24.584 (publicada en el B.O. del 29/11/95).



2.25.1. Introducción. Objetivos de la Convención

Fue firmada el 26 de noviembre de 1968, y la intención de la Convención es reprimir los crímenes de guerra y de lesa humanidad, como forma de proteger los derechos humanos y libertades fundamentales.

2.25.2. Disposiciones que obligan a criminalizar

Esta convención no establece obligaciones para los Estados Parte de crear figuras delictivas, pero impone la obligación de definir como imprescriptibles en el derecho interno de cada uno de los Estados, a los distintos delitos que menciona como crímenes de guerra y de lesa humanidad. Es decir que impone la obligación de crear normas en el ámbito interno de los Estados (en su sistema penal) que declaren la imprescriptibilidad de esos delitos.

El **art. IV** establece:

Los Estados Partes en la presente convención se comprometen a adoptar, con arreglo a sus respectivos procedimientos constitucionales, las medidas legislativas o de otra índole que fueran necesarias para que la prescripción de la acción penal o de la pena, establecida por ley o de otro modo, no se aplique a los crímenes mencionados en los arts. I y II de la presente convención y, en caso de que exista, sea abolida.

2.25.3. Disposiciones del derecho interno vinculadas a la temática de la prescripción

Recordemos que en nuestro código penal el instituto de la prescripción de la acción penal y de la pena están establecidos en los arts. 62 y 65.

Allí se establecen los plazos de prescripción para todos los delitos, sin prever especialmente que algún delito sea imprescriptible.

Por ello, podemos afirmar, que el Estado argentino no ha cumplido con la obligación asumida en esta convención.



Si bien se podría pensar en la aplicación de los principios del derecho internacional (*ius cogens*) directamente al caso de lesa humanidad¹⁰³ que corresponda juzgar, lo cierto es que la convención impone expresamente la obligación de legislar en la normativa interna de cada estado la imprescriptibilidad de estos delitos, y ello no ha ocurrido.

2.25.4. Conclusiones en relación a la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de Lesa Humanidad

Como hemos visto, el Estado argentino no ha cumplido con las obligaciones de disponer la imprescriptibilidad de esta clase de delitos, pese a que podría aplicarse directamente las normas del derecho internacional.

En el proyecto de modificación del código penal argentino (2018) está previsto en el art. 514 expresamente la imprescriptibilidad de estos delitos.

En el proyecto de modificación del código penal argentino (2015) también estaba prevista la imprescriptibilidad de estos delitos en el art. 49, inc. 2°.

2.26. Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas

Aprobada por ley 24.556 (promulgada el 11/10/95).

2.26.1. Introducción

La Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas fue adoptada en Belém Do Pará, Brasil, el 9 de junio de 1994 en el 24° período ordinario de sesiones de la Asamblea General de O.E.A. El objetivo de la Convención es contribuir a prevenir, sancionar y suprimir la desaparición forzada de personas.

En la Argentina se aprobó la Convención por ley 24.556 sancionada el 13 de septiembre de 1995 y promulgada el 11 de octubre de 1995.

¹⁰³ Es lo que se ha hecho precisamente en nuestro país en el juzgamiento a los acusados por delitos de lesa humanidad durante la última dictadura militar.



De manera similar a otros instrumentos internacionales del sistema interamericano, la Convención exige a los Estados Partes adoptar medidas eficaces para prevenir la desaparición forzada de personas y fomentar la extradición de personas acusadas por esos delitos.

Debemos analizar si obliga al Estado argentino a crear nuevas figuras delictivas, y, en caso positivo, si Argentina ha cumplido con dicha manda.

2.26.2. Las normas de la Convención en función del objeto del presente trabajo

De distintas normas de la Convención, surge la obligación de crear delitos.

A continuación, se transcriben las normas pertinentes que se refieren a la obligación de penalizar conductas:

Artículo I. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a:

- a. No practicar, no permitir, ni tolerar la desaparición forzada de personas, ni aun en estado de emergencia, excepción o suspensión de garantías individuales;
- b. Sancionar en el ámbito de su jurisdicción a los autores, cómplices y encubridores del delito de desaparición forzada de personas, así como la tentativa de comisión del mismo;
- c. Cooperar entre sí para contribuir a prevenir, sancionar y erradicar la desaparición forzada de personas; y
- d. Tomar las medidas de carácter legislativo, administrativo, judicial o de cualquier otra índole necesarias para cumplir con los compromisos asumidos en la presente Convención.

Artículo II. Para los efectos de la presente Convención, se considera desaparición forzada la privación de la libertad a una o más personas, cualquiera que fuere su forma, cometida por agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúen con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la falta de información o de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o de informar sobre el paradero de la persona, con lo cual se impide el ejercicio de los recursos legales y de las garantías procesales pertinentes.



Artículo III. Los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales, las medidas legislativas que fueren necesarias para tipificar como delito la desaparición forzada de personas, y a imponerle una pena apropiada que tenga en cuenta su extrema gravedad. Dicho delito será considerado como continuado o permanente mientras no se establezca el destino o paradero de la víctima. Los Estados Partes podrán establecer circunstancias atenuantes para los que hubieren participado en actos que constituyan una desaparición forzada cuando contribuyan a la aparición con vida de la víctima o suministren informaciones que permitan esclarecer la desaparición forzada de una persona.

Artículo IV. Los hechos constitutivos de la desaparición forzada de personas serán considerados delitos en cualquier Estado Parte. En consecuencia, cada Estado Parte adoptará las medidas para establecer su jurisdicción sobre la causa en los siguientes casos:

- a. cuando la desaparición forzada de personas o cualesquiera de sus hechos constitutivos hayan sido cometidos en el ámbito de su jurisdicción;
- b. cuando el imputado sea nacional de ese Estado;
- c. cuando la víctima sea nacional de ese Estado y éste lo considere apropiado.

Todo Estado Parte tomará, además, las medidas necesarias para establecer su jurisdicción sobre el delito descrito en la presente Convención cuando el presunto delincuente se encuentre dentro de su territorio y no proceda a extraditarlo. Esta Convención no faculta a un Estado Parte para emprender en el territorio de otro Estado parte el ejercicio de la jurisdicción ni el desempeño de las funciones reservadas exclusivamente a las autoridades de la otra parte por su legislación interna.

Artículo VII. La acción penal derivada de la desaparición forzada de personas y la pena que se imponga judicialmente al responsable de la misma no estarán sujetas a prescripción. Sin embargo, cuando existiera una norma de carácter fundamental que impidiera la aplicación de lo estipulado en el párrafo anterior, el período de prescripción deberá ser igual al del delito más grave en la legislación interna del respectivo Estado Parte.



Artículo VIII. No se admitirá la eximente de la obediencia debida a órdenes o instrucciones superiores que dispongan, autoricen o alienten la desaparición forzada. Toda persona que reciba tales órdenes tiene el derecho y el deber de no obedecerlas. Los Estados Partes velarán asimismo porque, en la formación del personal o de los funcionarios públicos encargados de la aplicación de la ley, se imparta la educación necesaria sobre el delito de desaparición forzada de personas.

Consideramos que la obligación principal de tipificar el delito de desaparición forzada de personas surge claramente de los arts. I y II de la Convención, incluyéndose un concepto de desaparición forzada. A partir de estos dos artículos, debemos analizar si está prevista tal conducta en el sistema penal argentino, y con el mismo alcance del concepto de desaparición forzada que tiene la Convención.

Además, surge del art. 1° la obligación de sancionar penalmente a los cómplices y encubridores de este delito, como así también los supuestos de tentativa.

De modo similar a la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, también en este instrumento se exige una pena severa o apropiada en relación a la gravedad del delito, y en este caso se agrega como condición que el delito de desaparición forzada debe ser considerado como un delito continuado o permanente mientras no se establezca el destino o paradero de la víctima (art. III).

Se establece la imposibilidad de aceptar eximentes por cumplimiento de órdenes superiores o casos de obediencia debida (art. III, última parte).

Finalmente, se establecen reglas referentes a la aplicación de la ley penal en el espacio, en caso de autores o víctimas nacionales del Estado, lo cual obliga a revisar nuestra legislación interna a fines de verificar el cumplimiento de todos los extremos que implican criminalización, impuestos por la Convención.

2.26.3. La obligación de penalizar

De los arts. I, II y III de la Convención surge sin lugar a dudas, la obligación de penalizar para el Estado argentino. El **art. I** señala textualmente:

Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a: [...], b) Sancionar en el ámbito de su jurisdicción a los autores, cómplices y



encubridores del delito de desaparición forzada de personas, así como la tentativa de comisión del mismo; [...] d) **Tomar las medidas de carácter legislativo** y administrativo, judicial o de cualquier otra índole necesarias para cumplir con los compromisos asumidos en la presente Convención.

Luego, en el **art. II** se define la desaparición forzada de personas, y finalmente en el **art. III** se establece el compromiso de los Estados Partes de: “[...] **adoptar**, con arreglo a sus procedimientos constitucionales, **las medidas legislativas que fueren necesarias para tipificar como delito la desaparición forzada de personas**, y a imponerle una pena apropiada que tenga en cuenta su extrema gravedad”.

No quedan dudas de la obligación de penalizar la conducta de desaparición forzada de personas a partir del texto de los artículos mencionados.

Veamos en el texto del código penal argentino actual, la recepción de la figura de desaparición forzada de personas.

El **art. 142 ter** establece:

Se impondrá prisión de DIEZ (10) a VEINTICINCO (25) años e inhabilitación absoluta y perpetua para el ejercicio de cualquier función pública y para tareas de seguridad privada, al funcionario público o a la persona o miembro de un grupo de personas que, actuando con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, de cualquier forma, privare de la libertad a una o más personas, cuando este accionar fuera seguido de la falta de información o de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o de informar sobre el paradero de la persona.

La pena será de prisión perpetua si resultare la muerte o si la víctima fuere una mujer embarazada, una persona menor de DIECIOCHO (18) años, una persona mayor de SETENTA (70) años o una persona con discapacidad. La misma pena se impondrá cuando la víctima sea una persona nacida durante la desaparición forzada de su madre.

La escala penal prevista en el presente artículo podrá reducirse en un tercio del máximo y en la mitad del mínimo respecto de los autores o partícipes que liberen con vida a la víctima o proporcionen información que permita su efectiva aparición con vida.



2.26.3.a. El tipo penal de Desaparición forzada de personas

El texto del art. 142 *ter* del Código penal fue incorporado por ley 26.679 del 09 de mayo de 2011. Debemos señalar que el Estado argentino previamente había sido condenado por la Corte I.D.H. en causas vinculadas a desaparición forzada de personas: “Torres Millacura y otros vs. Argentina”¹⁰⁴, y previamente en “Caso Garrido y Baigorria vs. Argentina”¹⁰⁵.

Está claro que el texto del art. 142 *ter* del código penal argentino está tomado del texto de la Convención Interamericana sobre desaparición forzada de personas.¹⁰⁶

Además de esta Convención que obliga al Estado argentino a crear una figura especial para el delito de desaparición forzada, también Argentina se había obligado por ley 26.298 (28/11/07) que aprobó la Convención Internacional para la Protección de las Personas contra las Desapariciones Forzadas, adoptada por la Asamblea General de la O.N.U. el 20/12/06.

Debemos señalar, además, que el monto de la escala penal prevista en el art. 142 *ter* del código penal argentino satisface plenamente la obligación de imponerle al delito una “[...] pena apropiada que tenga en cuenta su extrema gravedad”. La pena prevista para el delito (de 10 a 25 años) es superior al delito de homicidio.

2.26.3.b. Ampliación de la punición a los cómplices y encubridores, y a los casos de tentativa

Tal como lo señala el art. I.b de la Convención, debería el Estado asegurar en su legislación que sean penados también los cómplices y encubridores.

Como se aclaró en relación a la Convención Interamericana Para Prevenir y Sancionar la Tortura, el código penal prevé la punición de los partícipes necesarios y cómplices en los arts. 45 y 46. Los encubridores serían penados por el art. 277 del C.P.

¹⁰⁴ Sentencia del 26 de agosto de 2011. En el párrafo 95 de la sentencia, la Corte I.D.H. indica los elementos esenciales del delito de desaparición forzada de personas: (a) la privación de la libertad, (b) la intervención directa de agentes estatales o la aquiescencia de éstos, (c) la negativa de reconocer la detención y de revelar la suerte o paradero de la persona.

¹⁰⁵ Sentencia del 2 de febrero de 1996 (fondo) y Sentencia de 27 de agosto de 1998 (Reparaciones y costas).

¹⁰⁶ Cfr. Rafecas, ob. cit., p. 401.



Por otra parte, en el art. 42 a 44 se pena la tentativa de todos los delitos, entre los cuales se incluye —obviamente— el de desaparición forzada de personas.

Por ello, se cumple con lo estipulado en la Convención.

2.26.3.c. La consideración del delito como continuado o permanente

El art. III de la Convención establece que el delito de Desaparición forzada “[...] será considerado como continuado o permanente mientras no se establezca el destino o paradero de la víctima”.

Al respecto, no existe ninguna disposición en el código penal argentino que establezca el carácter de permanente o continuado de ningún delito. Sin embargo, en doctrina y jurisprudencia penal, se reconoce la existencia de delitos permanentes, en casos en que el delito se puede considerar como de ejecución continua. En general los delitos de privación ilegítima de libertad son considerados delitos permanentes. Entre éstos, la desaparición forzada de personas es considerado un delito de este tipo.

En general, estas aclaraciones respecto a si se trata de un delito de ejecución instantánea, permanente, o si es un delito de resultado o de peligro, surge de la interpretación de cada tipo penal. No son afirmaciones que surjan de la parte general o especial de un código, y tal vez ni siquiera sea conveniente legislarlo. Lo cierto es que, desde siempre, la dogmática penal le ha reconocido al delito de desaparición forzada, el carácter de permanente; se sigue cometiendo mientras no se establezca el destino o paradero de la víctima.

Por ello, entendemos que no es necesario que el código penal argentino hiciera alguna aclaración respecto al carácter permanente del delito.

2.26.3.d. La inadmisibilidad de eximente de obediencia debida

En el **art. 8° de la Convención** se establece que “No se admitirá la eximente de la obediencia debida a ordenes o instrucciones superiores que dispongan, autoricen o alienten la desaparición forzada [...]”. La Convención obliga a los Estados Partes a no admitir como eximición de responsabilidad penal el supuesto de *obediencia debida*.



Es aplicable aquí lo señalado respecto al art. IV de la Convención Interamericana para prevenir y Sancionar la Tortura. En este sentido, debemos analizar el **art. 34, inc. 4° y 5°, del C.P.** que establece: “Art. 34. No son punibles: [...] (4) El que obrare en cumplimiento de un deber o en el legítimo ejercicio de su derecho, autoridad o cargo; (5) El que obrare en virtud de obediencia debida”.

Lo que debemos considerar, a partir de esta normativa, es si la regla del art. 34, inc. 4° y 5° del C.P., se encuentra en contradicción con la norma del art. 8° de la Convención. De ser así, el Estado argentino tiene la obligación de modificar su legislación interna para adecuarla a lo establecido en la Convención, de rango superior.

El supuesto del inc. 4° del art. 34 del C.P. indica que no será punible quien obrare en cumplimiento de un deber o ejercicio de autoridad o cargo. Ahora bien, es necesario que ese deber o ejercicio de autoridad se encuentre en el marco de la licitud. Ese análisis de licitud debe hacerse desde una perspectiva objetiva, es decir, sin considerar los posibles errores del sujeto que actúa. De este modo, nunca sería posible cometer una tortura *licitamente*, ya que ella siempre sería ilícita. Nadie podría invocar el cumplimiento de un deber que implique semejante contradicción con la normativa constitucional y con el derecho internacional de los derechos humanos.

En resumen: objetivamente no podría existir un deber de cometer el delito de desaparición forzada de personas, por ello, nunca se podría invocar el cumplimiento de un deber o autoridad para cometer un acto de desaparición forzada.

Por otra parte, el supuesto del inc. 5° del C.P. señala como no punibles los supuestos de **obediencia debida**. Con respecto a este punto, corresponde señalar que no se trata de un supuesto autónomo de justificación, sino “[...] una insistencia legal aclaratoria en cuanto a otras eximentes ya contempladas en la legislación penal”¹⁰⁷. Esto significa que la obediencia debida como supuesto no punible del sistema penal argentino también debe ser analizado objetivamente en relación a su legalidad. Es decir, sólo puede excusar de responsabilidad penal el acto que implique el cumplimiento de una orden que a su vez sea lícita¹⁰⁸. El cumplimiento de órdenes ilícitas no podría excusar de responsabilidad penal, no se considera supuesto de justificación ni de inculpabilidad.

¹⁰⁷ Cfr. Zaffaroni, Alagia y Slokar, ob. cit., p. 727.

¹⁰⁸ Existe acuerdo sobre este aspecto en la dogmática penal actual. Rafecas indica: “Una interpretación distinta del art. 34, inc. 5°, C.P., que la consagre como un permiso para la tortura bajo cumplimiento de órdenes superiores, sería manifiestamente inconstitucional: no solo se vería afectada la pretensión de



Es por ello que, en el caso de la legislación argentina, el art. 34 del C.P. no impide la sanción a quien cometa un acto de desaparición forzada, aun cumpliendo una orden superior. Objetivamente, el acto no se considera justificado. Si la orden es manifiestamente ilegal, cesa el deber de cumplirla.

Aunque se considera conveniente suprimir el art. 34, inc. 5°, del C.P., su existencia no implica una contradicción con la disposición del art. 4° de la Convención por la forma en que se la interpreta en doctrina y jurisprudencia.

2.26.3.e. La jurisdicción penal del Estado argentino impuesta por la Convención

El art. IV de la Convención establece una regla especial en materia de ámbito espacial de validez de la ley penal aplicable. El texto, en la parte pertinente, señala:

Los hechos constitutivos de la desaparición forzada de personas serán considerados delitos en cualquier Estado Parte. En consecuencia, cada Estado Parte adoptará las medidas para establecer su jurisdicción sobre la causa en los siguientes casos:

- a. Cuando la desaparición forzada de personas o cualesquiera de sus hechos constitutivos hayan sido cometidos en el ámbito de su jurisdicción;
- b. Cuando el imputado sea nacional de ese Estado;
- c. Cuando la víctima sea nacional de ese Estado y éste lo considere apropiado [...].

Como se podrá advertir, esta Convención presenta, en el tema específico, una problemática igual a la que se ha tratado en relación a la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura en su art. 12.

La regla general del código penal argentino (art. 1°) es que sólo se aplica a los casos cometidos dentro de su territorio (principio de territorialidad) o cometidos por funcionarios, cuando afecten intereses del Estado argentino (principio real o de defensa).

coherencia interna del ordenamiento jurídico, sino que además una legislación así se postularía para prevalecer sobre normas jurídicas de rango superior, como lo son las cláusulas, ya mencionadas, que integran tratados internacionales de derechos humanos con rango constitucional, que prohíben específicamente el establecimiento de causas de justificación, entre otras, la obediencia de órdenes impartidas por un superior jerárquico”. Cfr. Rafecas, ob. cit., p. 199.



No se ha consagrado en nuestra legislación interna el principio de nacionalidad activa ni pasiva, que es precisamente el que refiere la Convención en este art. IV.

Es por ello que las mismas consideraciones que se hicieron en relación a la Convención Interamericana Para Prevenir y Sancionar la Tortura, son aplicables aquí: el vacío legal se podría suplir aplicando el Derecho Penal Internacional, al ser considerado éste un delito de Lesa Humanidad¹⁰⁹, aunque sería aconsejable que el Estado argentino reforme su art. 1º, agregando expresamente los casos de aplicación de ley penal argentina cuando la desaparición forzada de personas involucra a un ciudadano argentino como sujeto activo o pasivo y haya sido cometido en el extranjero.

2.26.3.f. La regla especial de imprescriptibilidad del delito

Debemos analizar, por último, si la regla especial de imprescriptibilidad del delito de desaparición forzada de personas, prevista en el art. VII de la Convención, implica una obligación para el Estado argentino de modificar su legislación penal en el sentido de agravar las condiciones de persecución por esta figura penal.

El **art. VII** de la Convención establece:

La acción penal derivada de la desaparición forzada de personas y la pena que se imponga judicialmente al responsable de la misma no estarán sujetas a prescripción.

Sin embargo, cuando existiera una norma de carácter fundamental que impidiera la aplicación de lo estipulado en el párrafo anterior, el período de prescripción deberá ser igual al del delito más grave en la legislación interna del respectivo Estado Parte.

Cabe recordar que la regla en materia de prescripción (de la acción penal y de la pena) que surge de nuestro código penal está contenida entre los arts. 62 y 67 del C.P. que indican que cada delito prescribe cuando transcurre un tiempo equivalente al máximo de pena de cada figura penal que se impute. A su vez, establece como límites temporarios:

¹⁰⁹ El mismo preámbulo de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas señala en su preámbulo que es un crimen de lesa humanidad. También fallos de la Corte I.D.H., entre otros, el mencionado “Torres Millacura y otros vs. Argentina”.



2 años de mínimo y 12 de máximo. Es decir, que cualquier delito —por más grave que sea— prescribe si transcurren 12 años¹¹⁰.

No existe una norma específica en el código penal argentino que se refiere a la imprescriptibilidad de este delito¹¹¹, aunque esa consecuencia sí surge de distintos tratados internacionales ratificados por nuestro país, especialmente a partir de la *Convención sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad*, con rango constitucional según el art. 75, inc. 22, de la C.N.

Es decir, que, aplicando las normas del Derecho Internacional, en el derecho penal interno se entiende que los delitos de lesa humanidad —en general— son imprescriptibles.

En nuestro país, incluso en los casos juzgados y condenados de la última dictadura militar, se consideró aplicable el derecho internacional, incluso el *ius cogens* para sostener que los delitos no estaban prescriptos¹¹².

Es por ello, que parece no ser necesaria una modificación del código penal para dejar en claro que el delito de desaparición forzada de personas —al igual que los otros delitos de lesa humanidad— es un delito imprescriptible. En este sentido, entendemos que no existe un incumplimiento del Estado argentino en relación a la Convención. Adviértase, por lo demás, que, a diferencia de otros artículos, en el que comentamos¹¹³, la Convención no obliga al Estado Parte a modificar su legislación interna, con lo cual parecería que ya con la ratificación del instrumento internacional esa disposición rige en el derecho interno.

En los casos que la Convención quiso obligar a los Estados Parte a modificar o adaptar su legislación interna lo dijo expresamente: “Los Estados Parte [...] se comprometen a adoptar las medidas legislativas [...]”.

Debemos analizar si el segundo párrafo del art. VII podría ser una limitación para esta interpretación. Este segundo párrafo considera la existencia de una norma constitucional en el Estado Parte que impida aplicar la regla general que propone: en caso

¹¹⁰ En esto se deben considerar los supuestos de interrupción de la prescripción, previstos en el artículo 67 del C.P.

¹¹¹ Tampoco existe una regla de imprescriptibilidad que se refiera a otros delitos de lesa humanidad.

¹¹² Una contundente fundamentación sobre la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad en Sancinetti, Marcelo A. y Ferrante, Marcelo, *El derecho penal en la protección de los derechos humanos*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Editorial Hammurabi, 1999.

¹¹³ Art. VII.



de que existiera tal obstáculo constitucional, entonces el tiempo de prescripción del delito sería igual al del delito más grave en la legislación interna.

Consideramos que no existe ninguna norma constitucional que imponga el instituto de la prescripción de la acción penal o la pena en el sistema constitucional argentino. Sólo el principio de legalidad obligaría a aplicar la norma del código penal (arts. 62 y siguientes) en cada caso particular. Sin embargo, no existe una norma en la constitución que impida que un Tratado imponga una limitación a la prescripción de la acción y de la pena. Al contrario, es parte del bloque de constitucionalidad la *Convención sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad*, la que sí establece claramente que los delitos de lesa humanidad (entre ellos la desaparición forzada) son imprescriptibles.

En conclusión, **el Estado argentino no está obligado a modificar su legislación** referente a la prescripción de la acción penal o de la pena, por lo que dispone el art. VII de la Convención.

Sin embargo, en este tema, al igual que en la cuestión de la jurisdicción por hechos cometidos fuera del territorio argentino (en casos de tortura y desaparición forzada de personas) creemos conveniente una modificación al código penal a fines de dejar plasmado también en la ley el principio que deriva del derecho constitucional y del derecho internacional y establece la imprescriptibilidad de este delito¹¹⁴.

2.26.4. Conclusiones respecto de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas

La Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas claramente obliga al Estado argentino a penalizar determinadas conductas que expresamente define como delito de desaparición forzada.

El código penal argentino contiene (desde el año 2011) la figura penal con las características exigidas en la Convención. Asimismo, están penadas también las formas de participación y encubrimiento en este delito, como las tentativas. El mandato de no

¹¹⁴ En los dos últimos anteproyectos de reforma al código penal argentino, se ha previsto expresamente la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad a fines de aclarar esta cuestión.



admitir eximentes como justificaciones por obediencias debidas o cumplimientos de órdenes superiores, también se considera cumplimentado en el derecho interno.

La cuestión de la jurisdicción, plantea en la Convención una problemática importante ya que admite los principios de nacionalidad activa y pasiva en la aplicación de la ley penal argentina. Como hemos visto también en relación a la Convención para Prevenir y Sancionar la Tortura, esa *falencia* del código penal argentino se suple teniendo en cuenta los principios del derecho internacional.

Por último, la referencia a la imprescriptibilidad que prevé el art. VII de la Convención se suple con la aplicación de las normas del bloque de constitucionalidad que establecen claramente que este delito es imprescriptible. No es necesaria, aunque es recomendable, una modificación al código penal en este sentido.

En consecuencia, el Estado argentino ha cumplido con las disposiciones de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas en cuanto a la obligación de penalizar conductas.

2.27. Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas

Aprobada por ley 26.298 (promulgada el 28/11/07).

2.27.1. Introducción. Objetivos de la Convención

Fue adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en Nueva York, el 20 de diciembre de 2006.

El objetivo de la Convención es prevenir la desaparición forzada de personas, y procurar evitar la impunidad en los casos ocurridos.

2.27.2. Normas de la Convención que obligan al Estado a criminalizar conductas

Surge de los arts. 4° a 9° de la Convención, la obligación para los Estados Parte de tipificar este delito, con ciertas exigencias, además, de prever agravantes y sancionar la participación criminal en distintas modalidades.



El **art. 4°** establece: “Cada Estado Parte tomará las medidas necesarias para que la desaparición forzada sea tipificada como delito en su legislación interna”.

El **art. 5°** establece: “La práctica generalizada o sistemática de la desaparición forzada constituye un crimen de lesa humanidad tal como está definido en el derecho internacional aplicable y entraña las consecuencias previstas por el derecho internacional aplicable”.

El **art. 6°** establece:

1. Los Estados Partes tomarán las medidas necesarias para considerar penalmente responsables por lo menos:
 - a. A toda persona que cometa, ordene o induzca a la comisión de una desaparición forzada, intente cometerla, sea cómplice o partícipe en ella misma;
 - b. Al superior que:
 - i. Haya tenido conocimiento de que los subordinados bajo su autoridad y control efectivo estaban cometiendo o se proponían cometer un delito de desaparición forzada o haya conscientemente hecho caso omiso de información que lo indicase claramente,
 - ii. Haya ejercido su responsabilidad y control efectivos sobre las actividades con las que el delito de desaparición forzada guardaba relación; y
 - iii. No haya adoptado todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir que se cometiese una desaparición forzada, o para poner los hechos en conocimiento de las autoridades competentes a los efectos de su investigación y enjuiciamiento;
 - c. El inciso *b) supra* se entiende sin perjuicio de las normas de derecho internacional más estrictas en materia de responsabilidad exigibles a un jefe militar o al que actúe efectivamente como jefe militar.
2. Ninguna orden o instrucción de una autoridad pública, sea ésta civil, militar o de otra índole, puede ser invocada para justificar un delito de desaparición forzada.

El **art. 7°** establece:



1. Los Estados Partes considerarán el delito de desaparición forzada punible con penas apropiadas, que tengan en cuenta su extrema gravedad.
2. Los Estados Partes podrán establecer:
 - a. Circunstancias atenuantes, en particular para los que, habiendo sido partícipes en la comisión de una desaparición forzada, hayan contribuido efectivamente a la reaparición con vida de la persona desaparecida o hayan permitido esclarecer casos de desaparición forzada o identificar a los responsables de una desaparición forzada;
 - b. Sin perjuicio de otros procedimientos penales, circunstancias agravantes, especialmente en caso de deceso de la persona desaparecida, o para quienes sean culpables de la desaparición forzada de mujeres embarazadas, menores, personas con discapacidades u otras personas particularmente vulnerables.

El **art. 8°** establece:

Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 5°,

1. Cada Estado Parte que aplique un régimen de prescripción a la desaparición forzada tomará las medidas necesarias para que el plazo de prescripción de la acción penal:
 - a. Sea prolongado y proporcionado a la extrema gravedad de este delito;
 - b. Se cuente a partir del momento en que cesa la desaparición forzada, habida cuenta del carácter continuo de este delito.
2. El Estado Parte garantizará a las víctimas de desaparición forzada el derecho a un recurso eficaz durante el plazo de prescripción.

Finalmente, el **art. 9°** establece:

1. Cada Estado Parte dispondrá lo que sea necesario para instituir su jurisdicción sobre los delitos de desaparición forzada en los siguientes casos:
 - a. Cuando los delitos se cometan en cualquier territorio bajo su jurisdicción o a bordo de una aeronave o un buque matriculados en ese Estado;
 - b. Cuando el presunto autor del delito sea nacional de ese Estado;
 - c. Cuando la persona desaparecida sea nacional de ese Estado y éste lo considere apropiado.



2. Cada Estado Parte tomará asimismo las medidas necesarias para establecer su jurisdicción sobre los delitos de desaparición forzada en los casos en que el presunto autor se halle en cualquier territorio bajo su jurisdicción, salvo que dicho Estado lo extradite o lo entregue a otro Estado conforme a sus obligaciones internacionales, o lo transfiera a una jurisdicción penal internacional cuya competencia haya reconocido.
3. La presente Convención no excluye ninguna jurisdicción penal adicional ejercida de conformidad con las leyes nacionales.

Sin dudas, la Convención obliga a los Estados Parte a tipificar el delito de desaparición forzada de personas, pero además exige también la previsión de agravantes, de una pena especialmente grave, de un régimen especial de participación, prescripción y jurisdicción.

2.27.3. Normas del código penal argentino vinculadas a la normativa de la Convención

En el código penal argentino, encontramos el **art. 142 ter** que establece:

Se impondrá prisión de DIEZ (10) a VEINTICINCO (25) años e inhabilitación absoluta y perpetua para el ejercicio de cualquier función pública y para tareas de seguridad privada, al funcionario público o a la persona o miembro de un grupo de personas que, actuando con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, de cualquier forma, privare de la libertad a una o más personas, cuando este accionar fuera seguido de la falta de información o de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o de informar sobre el paradero de la persona.

La pena será de prisión perpetua si resultare la muerte o si la víctima fuere una mujer embarazada, una persona menor de DIECIOCHO (18) años, una persona mayor de SETENTA (70) años o una persona con discapacidad. La misma pena se impondrá cuando la víctima sea una persona nacida durante la desaparición forzada de su madre.

La escala penal prevista en el presente artículo podrá reducirse en un tercio del máximo y en la mitad del mínimo respecto de los autores o partícipes que



liberen con vida a la víctima o proporcionen información que permita su efectiva aparición con vida.

2.27.3.a. El tipo penal de desaparición forzada de personas. La pena

Como ya hemos visto al hablar de la Convención Interamericana sobre Desaparición forzada de personas, el texto del art. 142 *ter* del código penal fue incorporado por ley 26.679 del 09 de mayo de 2011 y está tomado del texto de la Convención Interamericana sobre desaparición forzada de personas. El Estado argentino previamente había sido condenado por la Corte I.D.H. en causas vinculadas a desaparición forzada de personas: “Torres Millacura y otros vs. Argentina”¹¹⁵, y previamente en “Caso Garrido y Baigorria vs. Argentina”¹¹⁶.

Debemos señalar, además, que el monto de la escala penal prevista en el art. 142 *ter* del código penal argentino satisface plenamente la obligación de imponerle al delito una “pena apropiada que tenga en cuenta su extrema gravedad” como lo exige el art. 7.1 de la Convención. La pena prevista para el delito (de 10 a 25 años) es superior al delito de homicidio.

2.27.3.b. Ampliación de la punición a los cómplices y encubridores, y a los casos de tentativa. Especial referencia a los casos de comisión por omisión

Tal como lo señala el art. 6.1.a de la Convención, debería el Estado asegurar en su legislación que sean penados también los casos de tentativa y los cómplices e instigadores.

El código penal prevé la punición de los partícipes necesarios, instigadores y cómplices en los arts. 45 y 46. Los encubridores serían penados por el art. 277 del C.P., y la tentativa¹¹⁷ del delito por el art. 42 del C.P. Por ello, se cumple con lo estipulado en la Convención.

¹¹⁵ Sentencia del 26 de agosto de 2011. En el párrafo 95 de la sentencia, la Corte I.D.H. indica los elementos esenciales del delito de desaparición forzada de personas: (a) la privación de la libertad, (b) la intervención directa de agentes estatales o la aquiescencia de éstos, (c) la negativa de reconocer la detención y de revelar la suerte o paradero de la persona.

¹¹⁶ Sentencia del 2 de febrero de 1996 (fondo) y Sentencia de 27 de agosto de 1998 (Reparaciones y costas).

¹¹⁷ En relación a la tentativa de este delito, existe una discusión en la doctrina para definir si es posible una tentativa de un delito complejo, y cuándo se daría esa tentativa.



Luego, en el art. 6.1.b la convención obliga a los Estados parte a sancionar penalmente los supuestos de comisión por omisión en estos delitos. Describe en los apartados *i*, *ii* y *iii* los elementos objetivos necesarios para la configuración del delito en esta modalidad.

Debemos señalar que, en el código penal argentino, y a diferencia de otras figuras penales, como, por ejemplo, el de tortura¹¹⁸, en este caso, no está prevista expresamente la modalidad por omisión impropia (comisión por omisión).

Ello no significa un incumplimiento por parte del Estado argentino de las previsiones de la convención, al menos para quienes sostienen que los llamados delitos de omisión impropia (no escritos) también están previstos en las figuras de la parte especial.

Ahora, para quienes sostengan que los delitos de omisión impropia (no escritos) son inconstitucionales por afectar el principio de legalidad¹¹⁹, entonces no podrían sancionar en el sistema penal argentino los casos señalados por la convención en este punto. Como no está expresamente previsto en la ley que también el superior jerárquico que omite (en los términos del art. 6.1.b) comete el delito, entonces no lo podrían sancionar penalmente¹²⁰.

Consideramos que los delitos impropios de omisión no afectan el principio de legalidad, por ello sostengo que el Estado argentino no debe prever expresamente la responsabilidad penal de los superiores jerárquicos, como señala la convención en este caso. Basta con el art. 142 *ter* del C.P.

2.27.3.c. La consideración del delito como continuado o permanente

El art. 8.1.b de la Convención establece que el delito de Desaparición forzada será considerado como continuo y el plazo de prescripción se empezará a contar recién a partir del cese de la desaparición forzada.

¹¹⁸ En el caso de tortura, el C.P. prevé en el art. 144 *quater* expresamente un caso de comisión por omisión.

¹¹⁹ Es la posición de Zaffaroni, entre otros autores en el derecho penal argentino. Para más detalles, ver **Molina, Gonzalo J.**, *Delitos de omisión impropia*, Santa Fe, Editorial Rubinzal-Culzoni, 2014.

¹²⁰ No por esta figura de desaparición forzada de personas. Tal vez solo por omisión de auxilio, y hasta sería discutible si por abandono de personas.



Como señalamos, al respecto, no existe ninguna disposición en el código penal argentino que establezca el carácter de permanente o continuado de ningún delito. Sin embargo, en doctrina y jurisprudencia penal, se reconoce la existencia de delitos permanentes, en casos en que el delito se puede considerar como de ejecución continua. En general los delitos de privación ilegítima de libertad son considerados delitos permanentes. Entre éstos, la desaparición forzada de personas es considerado un delito de este tipo. Por ello, entendemos que no es necesario que el código penal argentino hiciera alguna aclaración respecto al carácter permanente del delito.

2.27.3.d. La inadmisibilidad de eximente de obediencia debida

En el **art. 6.2** de la Convención se establece que “Ninguna orden o instrucción de una autoridad pública, sea ésta civil, militar o de otra índole, puede ser invocada para justificar un delito de desaparición forzada [...]”.

La Convención obliga a los Estados Partes a no admitir como eximición de responsabilidad penal el supuesto de *obediencia debida*. Es aplicable aquí lo señalado respecto al mismo punto en la Convención Interamericana sobre la desaparición forzada de personas. En el caso de la legislación argentina, el art. 34 del C.P. no impide la sanción a quien cometa un acto de desaparición forzada, aun cumpliendo una orden superior. Objetivamente, el acto no se considera justificado. Si la orden es manifiestamente ilegal, cesa el deber de cumplirla.

Aunque se considera conveniente suprimir el art. 34, inc. 5°, del C.P., su existencia no implica una contradicción con la disposición de la Convención por la forma en que se la interpreta en doctrina y jurisprudencia.

2.27.3.e. La jurisdicción penal del Estado argentino impuesta por la Convención

El 9.1.b y 9.1.c de la Convención establece una regla especial en materia de ámbito espacial de validez de la ley penal aplicable. Al igual que el texto de la Convención Interamericana sobre la desaparición forzada de personas, esta convención establece la obligación para los Estados Parte de prever el principio de nacionalidad activa y pasiva en su legislación interna, al menos para este delito.



La regla general del código penal argentino (art. 1°) es que sólo se aplica a los casos cometidos dentro de su territorio (principio de territorialidad) o cometidos por funcionarios, cuando afecten intereses del Estado argentino (principio real o de defensa). No se ha consagrado en nuestra legislación interna el principio de nacionalidad activa ni pasiva, que es precisamente el que refiere la Convención en este art. 9.1.

Es por ello que las mismas consideraciones que se hicieron en relación a la Convención Interamericana Para Prevenir y Sancionar la Tortura, son aplicables aquí: el vacío legal se podría suplir aplicando el Derecho Penal Internacional, al ser considerado éste un delito de Lesa Humanidad, aunque sería aconsejable que el Estado argentino reforme su art. 1°, agregando expresamente los casos de aplicación de ley penal argentina cuando la desaparición forzada de personas involucra a un ciudadano argentino como sujeto activo o pasivo y haya sido cometido en el extranjero.

2.27.3.f. La regla especial de prescripción del delito

Debemos analizar, por último, si la regla especial del plazo de prescripción del delito de desaparición forzada de personas, prevista en el **art. 8.1.a** de la Convención, implica una obligación para el Estado argentino de modificar su legislación penal en el sentido de agravar las condiciones de persecución por esta figura penal.

El artículo mencionado de la Convención establece que el Estado Parte debería prever un plazo prolongado de prescripción para este delito.

Como hemos visto, en la Convención Interamericana sobre desaparición forzada de personas, se exigía más que esto: se exige allí la imprescriptibilidad de este delito¹²¹. Por este motivo, son válidas las reflexiones que hicimos en relación a esa convención interamericana.

No existe una norma específica en el código penal argentino que se refiere a la imprescriptibilidad de este delito¹²², aunque esa consecuencia sí surge de distintos tratados internacionales ratificados por nuestro país, especialmente a partir de la

¹²¹ La Convención Interamericana en su art. VIII dice: “La acción penal derivada de la desaparición forzada de personas y la pena que se imponga judicialmente al responsable de la misma no estarán sujetas a prescripción. Sin embargo, cuando existiera una norma de carácter fundamental que impidiera la aplicación de lo estipulado en el párrafo anterior, el período de prescripción deberá ser igual al del delito más grave en la legislación interna del respectivo Estado Parte”.

¹²² Tampoco existe una regla de imprescriptibilidad que se refiera a otros delitos de lesa humanidad.



Convención sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, con rango constitucional según el art. 75, inc. 22, de la C.N. Es decir, que, aplicando las normas del Derecho internacional, en el derecho penal interno se entiende que los delitos de lesa humanidad —en general— son imprescriptibles. Es por ello, que parece no ser necesaria una modificación del código penal para dejar en claro que el delito de desaparición forzada de personas —al igual que los otros delitos de lesa humanidad— es un delito imprescriptible. En este sentido, entendemos que no existe un incumplimiento del Estado argentino en relación a la Convención.

El Estado argentino no está obligado a modificar su legislación referente a la prescripción de la acción penal o de la pena, por lo que dispone el art. 8° de la Convención.

Sin embargo, en este tema, al igual que en la cuestión de la jurisdicción por hechos cometidos fuera del territorio argentino (en casos de tortura y desaparición forzada de personas) creemos conveniente una modificación al código penal a fines de dejar plasmado también en la ley el principio que deriva del derecho constitucional y del derecho internacional y establece la imprescriptibilidad de este delito¹²³.

2.27.3.g. Las agravantes y atenuantes mencionadas en la convención

La convención en el art. 7.2 establece la posibilidad de que los Estados parte prevean atenuantes y agravantes en este delito. Vale aclarar que, en este caso, la convención no obliga a los Estados parte a adoptar esas atenuante y agravantes, sino que parecieran una sugerencia.

El Estado argentino, no obstante, ha legislado el delito con las agravantes y atenuantes mencionadas en la convención. Por ello, el art. 142 *ter* en el párrafo segundo prevé las agravantes que se mencionan en la convención, y en el párrafo tercero prevé la atenuante que menciona la convención.

¹²³ En los dos últimos anteproyectos de reforma al código penal argentino, se ha previsto expresamente la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad a fines de aclarar esta cuestión.



2.27.4. Conclusiones respecto a la Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas

La Convención claramente obliga al Estado argentino a penalizar determinadas conductas que expresamente define como delito de desaparición forzada.

El código penal argentino contiene (desde el año 2011) la figura penal con las características exigidas en la Convención. Asimismo, están penadas también las formas de participación y encubrimiento en este delito, como las tentativas. El mandato de no admitir eximentes como justificaciones por obediencias debidas o cumplimientos de órdenes superiores, también se considera cumplimentado en el derecho interno.

La cuestión de la jurisdicción, plantea en la Convención una problemática importante ya que admite los principios de nacionalidad activa y pasiva en la aplicación de la ley penal argentina. Como hemos visto también en relación a la Convención para Prevenir y Sancionar la Tortura, esa *falencia* del código penal argentino se suple teniendo en cuenta los principios del derecho internacional. No es necesaria, aunque es recomendable, una modificación al código penal en este sentido.

Por último, la referencia a los plazos de prescripción que prevé el art. 8° de la Convención se suple con la aplicación de las normas del bloque de constitucionalidad que establecen claramente que este delito es imprescriptible. No es necesaria, aunque es recomendable, una modificación al código penal en este sentido.

En consecuencia, el Estado argentino ha cumplido con las disposiciones de la Convención internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas en cuanto a la obligación de penalizar conductas.

2.28. Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial

Aprobada por ley 17.722 (sancionada y promulgada el 26/4/68).

2.28.1. Introducción. Objetivos de la Convención

Fue suscripta en Nueva York, el 13 de julio de 1967, y tiene como objetivo eliminar todas las formas de discriminación racial, prevenir y combatir las doctrinas y prácticas racistas.



2.28.2. Normas de la convención que obligan a criminalizar conductas

Surge del art. 4° la obligación de los Estados parte de criminalizar ciertas conductas.

El art. 4° establece:

Los Estados partes condenan toda la propaganda y todas las organizaciones que se inspiren en ideas o teorías basadas en la superioridad de una raza o de un grupo de personas de un determinado color u origen étnico, o que pretendan justificar o promover el odio racial y la discriminación racial, cualquiera que sea su forma, y se comprometen a tomar medidas inmediatas y positivas destinadas a eliminar toda incitación a tal discriminación o actos de tal discriminación y, con ese fin, teniendo debidamente en cuenta los principios incorporados en la Declaración Universal de Derechos Humanos, así como los derechos expresamente enunciados en el artículo 5° de la presente Convención, tomarán, entre otras, las siguientes medidas:

- a. Declararán como acto punible conforme a la ley, toda difusión de ideas basadas en la superioridad o en el odio racial, toda incitación a la discriminación racial así como todo acto de violencia o toda incitación a cometer tal efecto, contra cualquier raza o grupo de personas de otro color u origen étnico, y toda asistencia a las actividades racistas, incluida su financiación;
- b. Declararán ilegales y prohibirán las organizaciones, así como las actividades organizadas de propaganda y toda otra actividad de propaganda, que promuevan la discriminación racial e inciten a ella y reconocerán que la participación en tales organizaciones o en tales actividades constituye un delito penado por la ley;
- c. No permitirán que las autoridades ni las instituciones públicas nacionales o locales, promuevan la discriminación racial o inciten a ella

Del art. 4.a surge expresamente la obligación de los Estados parte de criminalizar ciertos actos: la *difusión de ideas* basadas en la superioridad o en el odio racial, *toda incitación* a la discriminación racial, así como *todo acto de violencia o toda incitación a cometer tal efecto*, contra cualquier raza o grupo de personas de otro color u origen étnico, y *toda asistencia* a las actividades racistas, *incluida su financiación*.



Debemos verificar que en el sistema penal argentino existan estas conductas como delitos punibles.

2.28.3. Las normas del sistema penal argentino vinculadas a la materia

En el código penal argentino, encontramos la **ley 23.592** que prevé agravantes para los delitos vinculados a este tipo de actos.

El **art. 2°** de la ley establece:

Elévase en un tercio el mínimo y en un medio el máximo de la escala penal de todo delito reprimido por el Código Penal o leyes complementarias cuando sea cometido por persecución u odio a una raza, religión o nacionalidad, o con el objeto de destruir en todo o en parte a un grupo nacional, étnico, racial o religioso. En ningún caso se podrá exceder del máximo legal de la especie de pena de que se trate.

El **art. 3°** de la ley establece:

Serán reprimidos con prisión de 1 mes a 3 años los que participaren en una organización o realizaren propaganda basados en ideas o teorías de superioridad de una raza o de un grupo de personas de determinada religión, origen étnico o color, que tengan por objeto la justificación o promoción de la discriminación racial o religiosa en cualquier forma. En igual pena incurrirán quienes por cualquier medio alentaren o incitaren a la persecución o el odio contra una persona o grupos de personas a causa de su raza, religión, nacionalidad o ideas políticas.

En esta ley están previstas todas las conductas que señala la convención. Por una parte, la incitación a la persecución, o discriminación racial previstas en el art. 3° de la ley. Por otra parte, las agravantes que prevé el art. 2°, que serían aplicables a cualquier delito del código penal, de modo que estarían cubiertas todas las formas de violencia que menciona la convención.



Finalmente, la asistencia a las actividades racistas, y su financiación, si bien no están sancionadas en forma autónoma¹²⁴, se puede considerar una forma de participación criminal de acuerdo a las reglas generales de los arts. 45 y 46 del C.P.

2.28.4. Conclusiones en relación a la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial

Los dos artículos mencionados de la ley prevén todas las conductas señaladas en la convención. Por tanto, el Estado argentino ha cumplido con las obligaciones que surgen de la convención.

2.29. Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer

Aprobada por ley 23.179 (promulgada el 27/5/85).

2.29.1. Introducción. Objetivos de la Convención

Fue aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 18 de diciembre de 1979. La finalidad de la convención es eliminar las distintas formas de discriminación contra la mujer, y lograr la igualdad social entre el hombre y la mujer.

2.29.2. Disposiciones de la convención que obligan a criminalizar

En el caso de esta convención, no encontramos normas específicas que obliguen a los Estados Parte a tipificar conductas. Sin embargo, se presenta una norma muy particular, ya que obliga a los Estados a derogar de su sistema penal cualquier norma existente que implique una discriminación contra la mujer, de modo contrario a los objetivos de la convención.

El **art. 2.g** de la convención establece:

¹²⁴ Aclaremos que la convención no obliga a los Estados parte a sancionar esos actos en forma autónoma a los delitos principales, como lo exigen otras convenciones en ciertos casos.



Los Estados partes condenan la discriminación contra la mujer en todas sus formas, convienen en seguir, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, una política encaminada a eliminar la discriminación contra la mujer y, con tal objeto se comprometen a:

[...]

g. Derogar todas las disposiciones penales nacionales que constituyan discriminación contra la mujer.

Como se puede advertir, la norma no obliga a crear delitos, al contrario, obliga a los Estados a derogar los existentes o cualquier otra norma penal que implique una discriminación contra la mujer.

Por ello, deberíamos verificar en el sistema penal argentino que no existe una norma penal que signifique una discriminación contra la mujer.

2.29.3. Las normas en el sistema penal argentino

Consideramos que no existe en el sistema penal argentino actual alguna norma que implique una discriminación contra la mujer.

Sí existían disposiciones en otros tiempos en nuestro código penal. Por ejemplo, la figura de *adulterio* prevista en el art. 118 implicaba una discriminación contra la mujer. Según el artículo mencionado, el delito consistía en que la mujer casada tuviera relaciones sexuales extramatrimoniales. La mujer era autora de ese delito sólo con un acto de infidelidad. En cambio, en el caso de los hombres, para que se configurara el delito, era necesario que éste tuviera una *manceba*. Es decir, que el hombre sólo cometía el delito de adulterio si mantenía económicamente a una mujer, pero no cuando solamente tuviera relaciones sexuales extramatrimoniales

También en los casos de *violación*, se negaba la existencia de la figura dentro del matrimonio, considerando que la mujer debía cumplir con su obligación del débito conyugal.

Asimismo, la figura del art. El art. 121 (actualmente derogado) penaba a quien “[...] abusare del error de una mujer fingiéndose su marido y tuviere acceso carnal”. No se pretendía proteger tanto la libertad sexual de la mujer, sino más bien el honor del esposo afectado por ese acto.



También se invocaba como una forma de discriminación contra la mujer, la penalización del aborto en todos los casos¹²⁵. Con la reforma de la ley 27.610 que permite la interrupción del embarazo dentro de las 14 primeras semanas de gestación, también podría considerarse que se ha suprimido una modalidad de discriminación contra la mujer.

Todas estas figuras penales fueron modificadas, de manera que entendemos que no existen en el código penal disposiciones que impliquen una discriminación contra la mujer.

2.29.4. Conclusiones en relación a la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer

Podemos considerar que el Estado argentino ha cumplido con la disposición de esta convención que obliga a derogar las normas discriminatorias contra la mujer.

2.30. Convención Interamericana Para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer. “Convención de Belem Do Para”

Aprobada por ley 24.632 (sancionada el 13 de marzo de 1996 y promulgada el 1° de abril del mismo año).

2.30.1. Introducción

La Convención Interamericana Para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer es un instrumento internacional de los Derechos Humanos, creado dentro de la Organización de Estados americanos con el objetivo de prevenir y sancionar la violencia contra la mujer tanto en el ámbito público como privado, proteger sus derechos y reivindicarla en la sociedad. Fue firmada en Belem Do Pará (Brasil) en el año 1994 y aprobada en nuestro país por ley 24.632 de marzo de 1996.

¹²⁵ Incluso en la causa “F.A.L.” de la C.S.J.N. se invocó como uno de los argumentos para permitir el llamado *aborto sentimental*, la discriminación que supondría impedir el aborto a la mujer en todos los casos, ya que una de las diferencias con el hombre es que es la mujer quien puede estar embarazada.



Debemos analizar si obliga al Estado argentino a penalizar ciertas conductas vinculadas con el objetivo de la Convención.

2.30.2. Las normas de la Convención en función del objeto del presente trabajo

Consideramos que, de las distintas disposiciones de la Convención, es el art. 7° el que se refiere concretamente a las obligaciones de los Estados Parte de criminalizar ciertas conductas en función de su objetivo.

Art. 7°:

Los Estados Partes condenan todas las formas de violencia contra la mujer y convienen en adoptar, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, políticas, orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia y en llevar a cabo lo siguiente:

- a.* abstenerse de cualquier acción o práctica de violencia contra la mujer y velar por que las autoridades, sus funcionarios, personal y agentes e instituciones se comporten de conformidad con esta obligación;
- b.* actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer;
- c.* incluir en su legislación interna normas penales, civiles y administrativas, así como las de otra naturaleza que sean necesarias para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer y adoptar las medidas administrativas apropiadas que sean del caso [...].

2.30.3. La obligación de penalizar

Surge del art. 7°, inc. *c*, la obligación de crear figuras penales o adaptar alguna de las existentes en el derecho interno de los Estados Partes, de acuerdo a los objetivos de la Convención. En la parte que señala: “Incluir en su legislación interna normas penales [...] que sean necesarias para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer [...]”, la Convención obliga a los Estados a tomar medidas legislativas de carácter penal para cumplir con sus fines.

A diferencia de los instrumentos internacionales que hemos visto anteriormente, en este caso, si bien existe la obligación de *criminalizar*, la forma de hacerlo ya no es tan



clara. Tanto en la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura como en la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas se indicaba expresamente cuáles conductas debían ser tipificadas como delitos en el ámbito interno. En el caso de la Convención Interamericana contra la Corrupción, si bien no se definían las conductas, se individualizaban concretamente cuáles debían considerarse delitos.

En este caso, en cambio, la Convención sólo señala que los Estados Partes deben incluir normas penales (entre otras) para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, aunque no define conductas concretas, ni individualiza concretamente cuáles conductas deben ser consideradas delitos. Deja librado a cada Estado Parte un margen importante de evaluación a fines de analizar si serían convenientes y eficaces desde la óptica de la política criminal para lograr prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer. No indica expresamente —a diferencia de las Convenciones analizadas anteriormente— si se debe penalizar (o hacerlo con más énfasis) el homicidio contra las mujeres, los abusos o acosos sexuales contra las mujeres, o las ofensas al honor contra las mujeres. En definitiva, no hay una individualización concreta de las conductas que obliga a penalizar, aunque sí está claro que los Estados están —de alguna manera— obligados a penalizar ciertas conductas que consideren importante evitar y/o sancionar para combatir la violencia contra la mujer.

2.30.3.a. Las reformas al código penal argentino en función de las disposiciones de esta Convención

Desde la incorporación de la Convención y hasta la fecha, se han realizado modificaciones al código penal vinculadas con esta temática.

Si bien no se hace una expresa referencia a que la reforma haya tenido la finalidad de adaptarse a las exigencias de la Convención en este sentido, está claro que la reforma de la ley 26.791 (14/12/12) coincide con los fines de la Convención en cuanto a prevenir y sancionar la violencia contra la mujer. Esta ley modifica el art. 80 del C.P., creando nuevas agravantes al homicidio y modificando algunas ya existentes. La ley concretamente modifica los incs. 1° y 4° del art. 80 y agrega los inc. 11 y 12.

El texto del **art. 80** ha quedado redactado del siguiente modo:

Se impondrá reclusión perpetua o prisión perpetua, pudiendo aplicarse lo dispuesto en el artículo 52, al que matare:



- 1°. A su ascendiente, descendiente, cónyuge, ex cónyuge, o a la persona con quien mantiene o ha mantenido una relación de pareja, mediare o no convivencia.
- 2°. Con ensañamiento, alevosía, veneno u otro procedimiento insidioso.
- 3°. Por precio o promesa remuneratoria.
- 4°. Por placer, codicia, odio racial, religioso, de género o a la orientación sexual, identidad de género o su expresión.
- 5°. Por un medio idóneo para crear un peligro común.
- 6°. Con el concurso premeditado de dos o más personas.
- 7°. Para preparar, facilitar, consumir u ocultar otro delito o para asegurar sus resultados o procurar la impunidad para sí o para otro o por no haber logrado el fin propuesto al intentar otro delito.
- 8°. A un miembro de las fuerzas de seguridad pública, policiales o penitenciarias, por su función, cargo o condición.
- 9°. Abusando de su función o cargo, cuando fuere miembro integrante de las fuerzas de seguridad, policiales o del servicio penitenciario.
10. A su superior militar frente a enemigo o tropa formada con armas
11. A una mujer cuando el hecho sea perpetrado por un hombre y mediare violencia de género.
12. Con el propósito de causar sufrimiento a una persona con la que se mantiene o ha mantenido una relación en los términos del inciso 1°.

Quando en el caso del inciso 1° de este artículo, mediaren circunstancias extraordinarias de atenuación, el juez podrá aplicar prisión o reclusión de ocho (8) a veinticinco (25) años. Esto no será aplicable a quien anteriormente hubiera realizado actos de violencia contra la mujer víctima.

La mencionada ley ha tipificado en el código penal distintos supuestos que tienen como núcleo central, la visualización de la violencia de género y en particular, la violencia contra las mujeres. Concretamente, las reformas aplicadas son las referenciadas a continuación.



En el caso del **inc. 1°** que antes se refería a “[...] su ascendiente, descendiente o cónyuge”, ahora se amplió a “[...] *ex cónyuge, o a la persona con quien mantiene o ha mantenido una relación de pareja, mediar o no convivencia*”¹²⁶.

En el **inc. 4°** se ha introducido la sanción penal para casos en los que el autor mata por odio de género, o por la orientación sexual, identidad de género o su expresión¹²⁷.

En el **inc. 11** se incorpora una nueva figura: el femicidio. Es el caso de muerte provocada por un hombre contra una mujer mediando violencia de género.

En el **inc. 12** se incorpora el homicidio agravado por venganza transversal, que es el caso de quien mata a una persona para vengarse de otra con la cual ha mantenido una relación de pareja.

Finalmente, en la última parte del art. 80 se indica que no se aplicarán las llamadas *circunstancias extraordinarias de atenuación* en el homicidio agravado por el vínculo (art. 80, inc. 1°) en los casos en que haya existido previamente violencia contra la mujer víctima.

Como se puede advertir, la reforma de la ley 26.791 tiene una vinculación muy estrecha con el objetivo de la Convención: tratar de sancionar y prevenir la violencia de género.

Es muy cuestionable desde el punto de vista político-criminal que esta sea la mejor forma de evitar la violencia contra la mujer, e incluso que sea una forma eficaz de evitarlo. Lo que sí puede afirmarse en el marco de este trabajo es que los objetivos de la ley han tenido —al menos en parte— la finalidad de cumplir con ese mandato genérico de la Convención en cuanto a penalizar ciertas conductas que puedan implicar violencia contra la mujer.

¹²⁶ La ampliación del supuesto por parte de la reforma ha tenido como objetivo abarcar también a los casos de parejas y exparejas que no hayan estado unidas por el vínculo de matrimonio. En la práctica se han visto casos de hombres que mataban a su exconcubina y que no estaban comprendidos por la norma, en virtud del principio de legalidad. Para incluirlos, la reforma amplió los supuestos, generando una gran discusión y críticas en la doctrina y jurisprudencia, ya que el supuesto de *pareja* es muy impreciso, y se agrava, además, si no se sostiene en el requisito de la convivencia. Esto afectaría el principio de legalidad en su forma de ley cierta. Ver sobre este tema Molina, Gonzalo J., *Delitos contra las personas*, Resistencia, Editorial Contexto, 2017, p. 56.

¹²⁷ Ver Barbitta, Mariana, *La reforma del art. 80 del Código Penal. La visualización normativa en materia penal de la violencia de género*, versión digital disponible en [<https://bit.ly/2TTvtta>], 2015.



2.30.3.b. Posibilidades de modificar o derogar las reformas en materia de violencia contra la mujer

Ahora debemos analizar en primer lugar si se ha cumplido con la finalidad genérica de la Convención de “[...] incluir en la legislación interna normas penales que sean necesarias para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer” como señala el art. 7°. Y, en caso positivo, analizar si sería posible una modificación o derogación de estas normas incorporadas por la ley 26.791.

Con respecto a la primera cuestión, consideramos que se puede afirmar que sí se ha cumplido con la inclusión de normas penales para prevenir y sancionar la violencia contra la mujer. Si alguien está convencido de que el sistema penal puede servir como método de prevención general de ciertas conductas no deseadas dentro de la sociedad¹²⁸, entonces debemos afirmar que con esa reforma se ha intentado evitar conductas que impliquen violencia de género, al menos en una de sus formas más graves. Es difícil pensar qué otras normas del código penal pueden modificarse o agregarse para tratar de evitar la violencia de género en todas sus modalidades.

En relación a la segunda cuestión: ¿se podría derogar o modificar el art. 80 en la parte referida a violencia de género? Consideramos que sí sería posible una modificación sin que ello implique que sea inconstitucional o contraria a los tratados internacionales, concretamente en este caso, a la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer.

En primer lugar, como ha señalado la doctrina penal, algunos de los supuestos introducidos por la ley 26.791 están en contradicción con principios constitucionales aplicables al derecho penal. Por ejemplo, el inc. 1° afecta claramente el principio de legalidad. Consideramos que se podría modificar el mencionado inciso¹²⁹, suprimiendo la expresión *pareja* que tanto se ha criticado por ser imprecisa.

En rigor de verdad, la protección de la violencia de género en el ámbito de los homicidios radica en el inc. 11 y no tanto en el inc. 1° del art. 80 ya que en este último caso se aplica también a la mujer que mate a su pareja o expareja.

¹²⁸ Una de las cuestiones más discutidas en el ámbito de la ciencia penal es, precisamente, si el sistema penal cumple con la función de prevención general. Y, en caso positivo, hasta dónde se lo puede utilizar para tratar de evitar la comisión de ciertas conductas humanas.

¹²⁹ Por ejemplo, se podría volver al texto original que hacía referencia al *cónyuge* o, como hacen los últimos proyectos de modificación del código penal, la remisión a la *unión convivencial* del código civil, que establece requisitos y es un parámetro más claro que *pareja*.



El inc. 4° (homicidio por odio de género) tampoco se refiere exclusivamente a la protección de la mujer en casos que pretende proteger la Convención, ya que también en ese caso el autor del homicidio podría ser una mujer¹³⁰. Lo mismo ocurriría con el inc. 12.

El problema se centraría entonces en la posibilidad de modificar (o derogar) el inc. 11 del art. 80. Si ello ocurriera, ¿esa reforma sería inconstitucional?

Consideramos que no, ya que, a diferencia de las otras Convenciones analizadas previamente, en este caso la Convención de Belem do Pará no indica expresamente la obligación de proteger de una manera determinada los objetivos de prevención de violencia contra la mujer.

En cualquier caso, requiere a los Estados Partes adoptar **por todos los medios apropiados**¹³¹ políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer. En este caso, se puede cuestionar que la tipificación de la figura de femicidio (y, en el modo en que está prevista en nuestro código penal actualmente) sea el medio apropiado para cumplir con los fines de la Convención.

El inc. c del art. 7° también hace referencia a las normas penales **que sean necesarias** para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer. Otra vez, debemos cuestionarnos si el sistema penal, y específicamente la figura de femicidio y tal como está redactada en nuestro código penal, sea la norma necesaria para esa finalidad.

2.30.4. Conclusiones respecto de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer

La Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer obliga al Estado argentino a tomar medidas en su derecho interno para combatir la violencia contra la mujer.

Entre esas medidas, concretamente se refiere a normas penales. Las que sean necesarias para lograr sus objetivos. Sin embargo, no indica —a diferencia de otras Convenciones ya analizadas— qué medidas concretas deben tomarse en el ámbito del

¹³⁰ Podría ser el caso de una mujer que mate a otra por odiar su propio género, o el caso de una mujer que mate a un hombre por odiar el género *hombre*. El inciso no abarca solamente los casos de un hombre que mate a una mujer por odio a ese género.

¹³¹ Es la redacción del art. 7° de la Convención.



derecho penal. Es por ello que la obligación de criminalizar en este caso es más difuso, no tan rígida como en las otras Convenciones. Ello otorga a los Estados Partes un ámbito de actuación más amplio en relación a la elección de las conductas humanas que deben tipificarse como delitos.

Consideramos que el Estado argentino ha cumplido con esa obligación (aunque sea genérica) de criminalizar, al sancionar la ley 26.791 que modifica el art. 80 del código penal, creando agravantes para los homicidios vinculados con violencia de género. Esas agravantes incorporadas por esta ley están en pugna con principios constitucionales aplicables al derecho penal. Es por ello que un sector de la dogmática penal indica la conveniencia de su modificación o derogación.

Esas modificaciones o derogaciones de los supuestos incorporados por la ley 26.791 serían posibles sin que ello implique un incumplimiento de los compromisos internacionales. Incluso la derogación total de los supuestos incorporados por esta ley sería aceptable dentro de la Convención si pudiera demostrarse que de ningún modo esas previsiones legales son un método eficaz para lograr los fines de la Convención.

A diferencia de las otras Convenciones analizadas, en esta, la obligación de penalizar no es tan rígida ni tan específica.

2.31. Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas

Aprobada por ley 24.072 (promulgada el 09/4/92).

2.31.1. Introducción. Objetivos de la Convención

Además de las convenciones de 1961 y 1971 sobre esta misma materia, en el año 1988 (19 de diciembre) se aprobó en Viena esta convención que pretende promover la cooperación internacional para afrontar el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas.

2.31.2. Normas de la convención que obligan a criminalizar conductas

Las disposiciones que obligan a los Estados Parte a prever delitos, está en el extenso **art. 3°** que establece:



Delitos y sanciones

1. Cada una de las Partes adoptará las medidas que sean necesarias para tipificar como delitos penales en su derecho interno, cuando se cometan intencionalmente:

a.

- i.* la producción, la fabricación, la extracción, la preparación, la oferta, la oferta para la venta, la distribución, la venta, la entrega en cualesquiera condiciones, el corretaje, el envío, el envío en tránsito, el transporte, la importación o la exportación de cualquier estupefaciente o sustancia sicotrópica en contra de lo dispuesto en la Convención de 1961, en la Convención de 1961 en su forma enmendada o en el Convenio de 1971.
- ii.* el cultivo de la adormidera, el arbusto de coca o la planta de cannabis con objeto de producir estupefacientes en contra de lo dispuesto en la Convención de 1961 y en la Convención de 1961 en su forma enmendada.
- iii.* la posesión o la adquisición de cualquier estupefaciente o sustancia sicotrópica con objeto de realizar cualquiera de las actividades enumeradas en el precedente apartado i).
- iv.* la fabricación, el transporte o la distribución de equipos, materiales o de las sustancias enumeradas en el Cuadro I y el Cuadro II, a sabiendas de que van a utilizarse en el cultivo, la producción o la fabricación ilícitos de estupefacientes o sustancias sicotrópicas o para dichos fines.
- v.* la organización, la gestión o la financiación de alguno de los delitos enumerados en los precedentes apartados i), ii), iii) o iv);

b.

- i.* la conversión o la transferencia de bienes a sabiendas de que tales bienes proceden de alguno o algunos de los delitos tipificados de conformidad con el inciso a) del presente párrafo, o de un acto de participación en tal delito o delitos, con objeto de ocultar o encubrir el origen ilícito de los bienes o de ayudar a cualquier persona que participe en la comisión de tal delito o delitos a eludir las consecuencias jurídicas de sus acciones.
- ii.* a ocultación o el encubrimiento de la naturaleza, el origen, la ubicación, el destino, el movimiento o la propiedad reales de bienes, o de derechos relativos a tales bienes, a sabiendas de que proceden de alguno o



algunos de los delitos tipificados de conformidad con el inciso a) del presente párrafo o de un acto de participación en tal delito o delitos.

c. a reserva de sus principios constitucionales y a los conceptos fundamentales de su ordenamiento jurídico:

- i.* la adquisición, la posesión o la utilización de bienes, a sabiendas, en el momento de recibirlos, de que tales bienes proceden de alguno o algunos de los delitos tipificados de conformidad con el inciso a) del presente párrafo o de un acto de participación en tal delito o delitos.
- ii.* la posesión de equipos o materiales o sustancias enumeradas en el Cuadro I y el Cuadro II, a sabiendas de que se utilizan o se habrán de utilizar en el cultivo, la producción o la fabricación ilícitos de estupefacientes o sustancias sicotrópicas o para tales fines.
- iii.* instigar o inducir públicamente a otros, por cualquier medio, a cometer alguno de los delitos tipificados de conformidad con el presente artículo o a utilizar ilícitamente estupefacientes o sustancias sicotrópicas.
- iv.* la participación en la comisión de alguno de los delitos tipificados de conformidad con lo dispuesto en el presente artículo, la asociación y la confabulación para cometerlos, la tentativa de cometerlos, y la asistencia, la incitación, la facilitación o el asesoramiento en relación con su comisión.

2. A reserva de sus principios constitucionales y a los conceptos fundamentales de su ordenamiento jurídico, cada una de las Partes adoptará las medidas que sean necesarias para tipificar como delitos penales conforme a su derecho interno, cuando se cometan intencionalmente, la posesión, la adquisición o el cultivo de estupefacientes o sustancias sicotrópicas para el consumo personal en contra de lo dispuesto en la Convención de 1961, en la Convención de 1961 en su forma enmendada o en el Convenio de 1971.

3. El conocimiento, la intención o la finalidad requeridos como elementos de cualquiera de los delitos enunciados en el párrafo 1° del presente artículo podrán inferirse de las circunstancias objetivas del caso.

4.

- a.* Cada una de las Partes dispondrá que por la comisión de los delitos tipificados de conformidad con el párrafo 1° del presente artículo se



- apliquen sanciones proporcionadas a la gravedad de esos delitos, tales como la pena de prisión u otras formas de privación de libertad, las sanciones pecuniarias y el decomiso;
- b.* Las Partes podrán disponer, en los casos de delitos tipificados de conformidad con el párrafo 1° del presente artículo, que, como complemento de la declaración de culpabilidad o de la condena, el delincuente sea sometido a medidas de tratamiento, educación, postratamiento, rehabilitación o reinserción social;
 - c.* No obstante lo dispuesto en los incisos anteriores, en los casos apropiados de infracciones de carácter leve, las Partes podrán sustituir la declaración de culpabilidad o la condena por la aplicación de otras medidas tales como las de educación, rehabilitación o reinserción social, así como, cuando el delincuente sea un toxicómano, de tratamiento y postratamiento;
 - d.* Las Partes podrán, ya sea a título sustitutivo de la declaración de culpabilidad o de la condena por un delito tipificado de conformidad con el párrafo 2° del presente artículo o como complemento de dicha declaración de culpabilidad o de dicha condena, disponer medidas de tratamiento, educación, postratamiento, rehabilitación o reinserción social del delincuente.
5. Las Partes dispondrán lo necesario para que sus tribunales y demás autoridades jurisdiccionales competentes puedan tener en cuenta las circunstancias de hecho que den particular gravedad a la comisión de los delitos tipificados de conformidad con el párrafo 1° del presente artículo, tales como:
- a.* la participación en el delito de un grupo delictivo organizado del que el delincuente forme parte;
 - b.* la participación del delincuente en otras actividades delictivas internacionales organizadas;
 - c.* la participación del delincuente en otras actividades ilícitas cuya ejecución se vea facilitada por la comisión del delito;
 - d.* el recurso a la violencia o el empleo de armas por parte del delincuente;
 - e.* el hecho de que el delincuente ocupe un cargo público y de que el delito guarde relación con ese cargo;



- f. la victimización o utilización de menores de edad;
 - g. el hecho de que el delito se haya cometido en establecimientos penitenciarios, en una institución educativa o en un centro asistencial o en sus inmediaciones o en otros lugares a los que escolares y estudiantes acudan para realizar actividades educativas, deportivas y sociales;
 - h. una declaración de culpabilidad anterior, en particular por delitos análogos, por tribunales extranjeros o del propio país, en la medida en que el derecho interno de cada una de las Partes lo permita.
6. Las Partes se esforzarán por asegurarse de que cualesquiera facultades legales discrecionales, conforme a su derecho interno, relativas al enjuiciamiento de personas por los delitos tipificados de conformidad con lo dispuesto en el presente artículo, se ejerzan para dar la máxima eficacia a las medidas de detección y represión respecto de esos delitos teniendo debidamente en cuenta la necesidad de ejercer un efecto disuasivo en lo referente a la comisión de esos delitos.
 7. Las Partes velarán por que sus tribunales o demás autoridades competentes tengan en cuenta la gravedad de los delitos enumerados en el párrafo 1 del presente artículo y las circunstancias enumeradas en el párrafo 5 del presente artículo al considerar la posibilidad de conceder la libertad anticipada o la libertad condicional a personas que hayan sido declaradas culpables de alguno de esos delitos.
 8. Cada una de las Partes establecerá, cuando proceda, en su derecho interno un plazo de prescripción prolongado dentro del cual se pueda iniciar el procesamiento por cualquiera de los delitos tipificados de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo. Dicho plazo será mayor cuando el presunto delincuente hubiese eludido la administración de justicia.
 9. Cada una de las Partes adoptará medidas adecuadas, conforme a lo previsto en su propio ordenamiento jurídico, para que la persona que haya sido acusada o declarada culpable de alguno de los delitos tipificados de conformidad con el párrafo 1° del presente artículo, que se encuentre en el territorio de dicha Parte, comparezca en el proceso penal correspondiente.
 10. A los fines de la cooperación entre las Partes prevista en la presente Convención, en particular la cooperación prevista en los artículos 5°, 6°, 7° y 9°, los delitos tipificados de conformidad con el presente artículo no



se considerarán como delitos fiscales o como delitos políticos ni como delitos políticamente motivados, sin perjuicio de las limitaciones constitucionales y de los principios fundamentales del derecho interno de las Partes.

11. Ninguna de las disposiciones del presente artículo afectará al principio de que la tipificación de los delitos a que se refiere o de las excepciones alegables en relación con éstos queda reservada al derecho interno de las Partes y de que esos delitos han de ser enjuiciados y sancionados con arreglo a lo previsto en ese derecho.

Claramente surge de esta norma de la convención, la obligación de tipificar una cantidad de conductas vinculadas a la tenencia de estupefacientes.

2.31.3. Las normas vinculadas en el sistema penal argentino

En el sistema penal argentino, encontramos en la ley 23.737 las normas que prevén estos delitos, entre los arts. 5° a 14. Están previstas allí todas las conductas a que se refiere la convención que mencionamos, y que por razones de espacio no vamos a reproducir aquí.

El **art. 5°** de la ley establece:

Será reprimido con prisión de cuatro (4) a quince (15) años y multa de cuarenta y cinco (45) a novecientos (900) unidades fijas el que sin autorización o con destino ilegítimo:

- a.* Siembre o cultive plantas o guarde semillas, precursores químicos o cualquier otra materia prima para producir o fabricar estupefacientes, o elementos destinados a tales fines;
- b.* Produzca, fabrique, extraiga o prepare estupefacientes;
- c.* Comercie con estupefacientes, precursores químicos o cualquier otra materia prima para su producción o fabricación o los tenga con fines de comercialización, o los distribuya, o dé en pago, o almacene o transporte;
- d.* Comercie con plantas o sus semillas, utilizables para producir estupefacientes, o las tenga con fines de comercialización, o las distribuya, o las dé en pago, o las almacene o transporte;



e. Entregue, suministre, aplique o facilite a otros estupefacientes a título oneroso. Si lo fuese a título gratuito, se aplicará prisión de tres (3) a doce (12) años y multa de quince (15) a trescientas (300) unidades fijas.

Si los hechos previstos en los incisos precedentes fueron ejecutados por quien desarrolla una actividad cuyo ejercicio dependa de una autorización, licencia o habilitación del poder público, se aplicará, además, inhabilitación especial de cinco (5) a quince (15) años.

En el caso del inciso a), cuando por la escasa cantidad sembrada o cultivada y demás circunstancias, surja inequívocamente que ella está destinada a obtener estupefacientes para consumo personal, la pena será de un (1) mes a dos (2) años de prisión y serán aplicables los artículos 17, 18 y 21.

En el caso del inciso e) del presente artículo, cuando la entrega, suministro o facilitación fuere ocasional y a título gratuito y por su escasa cantidad y demás circunstancias, surgiere inequívocamente que es para uso personal de quien lo receta, la pena será de seis (6) meses a tres (3) años de prisión y, si correspondiere, serán aplicables los artículos 17, 18 y 21.

El art. 6° de la ley establece:

Será reprimido con prisión de cuatro (4) a quince (15) años y multa de cuarenta y cinco (45) a novecientas (900) unidades fijas el que introdujera al país estupefacientes fabricados o en cualquier etapa de su fabricación, precursores químicos o cualquier otra materia prima destinada a su fabricación o producción, habiendo efectuado una presentación correcta ante la Aduana y posteriormente alterara ilegítimamente su destino de uso.

En estos supuestos la pena será de tres (3) a doce (12) años de prisión cuando surgiere inequívocamente, por su cantidad, que los mismos no serán destinados a comercialización dentro o fuera del territorio nacional.

Si los hechos fueron realizados por quien desarrolle una actividad cuyo ejercicio depende de autorización, licencia o habilitación del poder público, se aplicará además inhabilitación especial de cinco (5) a veinte (20) años.

El art. 7° establece:

Será reprimido con prisión de ocho (8) a veinte (20) años y multa de noventa (90) a mil ochocientas (1.800) unidades fijas, el que organice o financie



cualquiera de las actividades ilícitas a que se refieren los artículos 5° y 6° de esta ley, y los artículos 865, inciso h), y 866 de la ley 22.415.

El art. 8° establece:

Será reprimido con reclusión o prisión de tres a quince años y multa de seis mil a trescientos mil australes e inhabilitación especial de cinco a doce años, el que estando autorizado para la producción, fabricación, extracción, preparación, importación, exportación, distribución o venta de estupefacientes los tuviese en cantidades distintas de las autorizadas; o prepare o emplee compuestos naturales, sintéticos u oficinales que oculten o disimulen sustancias estupefacientes; y a que aplicare, entregare, o vendiere estupefacientes sin receta médica o en cantidades mayores a las recetadas.

El art. 9° establece:

Será reprimido con prisión de dos a seis años y multa de tres mil a cincuenta mil australes e inhabilitación especial de uno a cinco años, el médico u otro profesional autorizado para recetar, que prescribiera, suministrare o entregare estupefacientes fuera de los casos que indica la terapéutica o en dosis mayores de las necesarias. Si lo hiciera con destino ilegítimo la pena de reclusión o prisión será de cuatro a quince años.

El art. 10 establece:

Será reprimido con reclusión o prisión de tres a doce años y multa de tres mil a cincuenta mil australes el que facilitare, aunque sea a título gratuito, un lugar o elementos, para que se lleve a cabo alguno de los hechos previstos por los artículos anteriores. La misma pena se aplicará al que facilitare un lugar para que concurren personas con el objeto de usar estupefacientes.

En caso que el lugar fuera un local de comercio, se aplicará la accesoria de inhabilitación para ejercer el comercio por el tiempo de la condena, la que se elevará al doble del tiempo de la misma si se tratare de un negocio de diversión.

Durante la sustanciación del sumario criminal el juez competente podrá decretar preventivamente la clausura del local.



El art. 11 establece:

Las penas previstas en los artículos precedentes serán aumentadas en un tercio del máximo a la mitad del mínimo, sin que las mismas puedan exceder el máximo legal de la especie de pena de que se trate:

- a.* Si los hechos se cometieren en perjuicio de mujeres embarazadas o de personas disminuidas psíquicamente, o sirviéndose de menores de dieciocho años o sin perjuicio de éstos;
- b.* Si los hechos se cometieren subrepticamente o con violencia, intimidación o engaño.
- c.* Si en los hechos intervinientes tres o más personas organizadas para cometerlos;
- d.* Si los hechos se cometieren por un funcionario público encargado de la prevención o persecución de los delitos aquí previstos o por un funcionario público encargado de la guarda de presos y en perjuicio de éstos;
- e.* Cuando el delito se cometiere en las inmediaciones o en el interior de un establecimiento de enseñanza, centro asistencial, lugar de detención, institución deportiva, cultural o social o en sitios donde se realicen espectáculos o diversiones públicos o en otros lugares a los que escolares y estudiantes acudan para realizar actividades educativas, deportivas o sociales;
- f.* Si los hechos se cometieren por un docente, educador o empleado de establecimientos educacionales en general, abusando de sus funciones específicas.

El art. 12 establece:

Será reprimido con prisión de dos a seis años y multa de seiscientos a doce mil australes:

- a.* El que preconizare o difundiere públicamente el uso de estupefacientes, o indujere a otro a consumirlos;
- b.* El que usare estupefacientes con ostentación y trascendencia al público.

El art. 13 establece:



Si se usaren estupefacientes para facilitar o ejecutar otro delito, la pena prevista para el mismo se incrementará en un tercio del mínimo y del máximo, no pudiendo exceder del máximo legal de la especie de pena de que se trate.

El **art. 14** establece:

Será reprimido con prisión de uno a seis años y multa de trescientos a seis mil australes el que tuviere en su poder estupefacientes.

La pena será de un mes a dos años de prisión cuando, por su escasa cantidad y demás circunstancias, surgiere inequívocamente que la tenencia es para uso personal.

Como podemos advertir, todas las conductas descriptas en la convención están previstas en el sistema penal argentino, incluyendo las distintas modalidades de tenencia, producción, etc., y comprendiendo las agravantes y modalidades de financiación, preconización del uso y conductas afines.

El Estado argentino ha cumplido con las obligaciones que surgen de la convención.

Cabe aclarar que, en relación al delito de tenencia para consumo personal que la convención obliga a penalizar, la C.S.J.N. ha declarado su inconstitucionalidad, en reiteradas ocasiones¹³². Si se quitara esa conducta del catálogo de delitos que tiene la ley mencionada, no habría ninguna contradicción con la convención, ya que todas las disposiciones que contiene ese instrumento y obligan a criminalizar conductas, siempre es a reserva de las normas constitucionales de los Estados parte. En el caso que analizamos, se afecta el principio de lesividad (art. 19 de la C.N.) y es por ese motivo que la Corte Suprema declaró su inconstitucionalidad.

2.31.4. Conclusiones en relación a la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas

El Estado argentino ha cumplimentado con las obligaciones que surgen de la convención, tipificando todas las conductas previstas en esa normativa.

¹³² La última vez, durante el año 2009 en causa “Arriola”, pero anteriormente en causa “Bazterrica” y otras, en el año 1985.



2.32. El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional

2.32.1. Introducción. Aclaración previa en relación a este instrumento

El Estatuto de Roma presenta una particularidad en relación a la temática de este trabajo, ya que para algún sector de la doctrina claramente significa una obligación para los Estados parte de criminalizar conductas¹³³, mientras que, para otros, esa obligación no es tan clara, o no es tan genérica¹³⁴.

El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional fue adoptado en Roma el 17 de julio de 1998 y fue aprobado por el Congreso Nacional, por ley 25.390 (sancionada el 30/11/00)¹³⁵.

La Conferencia de Roma, a través del Estatuto de la Corte Penal Internacional estableció un sistema internacional penal, disponiendo un conjunto de acciones que se consideran crímenes internacionales. Además, estableció un tribunal específico¹³⁶ encargado de su juzgamiento, con personalidad jurídica propia, agregando también un catálogo de derechos y garantías penales, para asegurar que los procesos penales se desarrollen de acuerdo a esos principios. Cabe destacar que, según el Estatuto, la responsabilidad penal es de los individuos, no de los Estados.

Por ello, se puede decir que se trata de “[...] un sistema autónomo, que complementa la jurisdicción penal de los Estados Parte”¹³⁷, fruto del delicado equilibrio entre el derecho internacional y la soberanía estatal. Los Estados Parte han entendido que existe un tribunal (la Corte Penal Internacional) para entender en determinados delitos (crímenes internacionales) que afectan a la comunidad internacional en su conjunto, más allá de la soberanía de cada uno de ellos.

La cuestión a definir, en este trabajo, y en relación al Estatuto de Roma, es si debemos considerarlo un instrumento que implica obligaciones precisas para los Estados parte de criminalizar conductas en su legislación interna.

¹³³ En esta postura, por ejemplo, ver **Laborías, Alexis Rodrigo**, “Implementación en la Argentina del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional”, en *Lecciones y Ensayos*, número 88, 2010, disponible en [<https://bit.ly/3eaHZfd>], pp. 43-81.

¹³⁴ En este sentido, **Kai Ambos**, “Implementación del Estatuto de Roma en la legislación nacional”, Ambos, Kai y Malarino, Exequiel (editores), *Persecución penal nacional de crímenes internacionales en América Latina y España*, Montevideo, Konrad Adenauer - Instituto Max Planck, 2003, p. 25.

¹³⁵ Posteriormente, la ley 26.200 vendría a implementar el Estatuto en relación a la legislación interna.

¹³⁶ La *Corte Penal Internacional*.

¹³⁷ Cfr. Laborías, ob. cit., p. 44.



Como existen al respecto diferentes posiciones, creemos que lo más apropiado sería exponer brevemente estas posturas, y finalmente tomar posición al respecto para avanzar con el desarrollo del presente trabajo.

2.32.2. Normas de la Convención que obligan a criminalizar conductas

En primer lugar, veamos el texto del Estatuto en la parte que nos interesa. Particularmente los arts. 5° a 8° y 70, que podrían contener las indicaciones a los Estados Parte para tipificar ciertos delitos.

Artículo 5°. Crímenes de la competencia de la Corte:

1. La competencia de la Corte se limitará a los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto. La Corte tendrá competencia, de conformidad con el presente Estatuto, respecto de los siguientes crímenes: a) El crimen de genocidio; b) Los crímenes de lesa humanidad; c) Los crímenes de guerra; d) El crimen de agresión. 2. La Corte ejercerá competencia respecto del crimen de agresión una vez que se apruebe una disposición de conformidad con los artículos 121 y 123 en que se defina el crimen y se enuncien las condiciones en las cuales lo hará. Esa disposición será compatible con las disposiciones pertinentes de la Carta de las Naciones Unidas.

Artículo 6°. Genocidio:

A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por “genocidio” cualquiera de los actos mencionados a continuación, perpetrados con la intención de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal: a) Matanza de miembros del grupo; b) Lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo; c) Sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial; d) Medidas destinadas a impedir nacimientos en el seno del grupo; e) Traslado por la fuerza de niños del grupo a otro grupo.

Artículo 7°. Crímenes de lesa humanidad:

1. A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por “crimen de lesa humanidad” cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con



conocimiento de dicho ataque: a) Asesinato; b) Exterminio; c) Esclavitud; d) Deportación o traslado forzoso de población; e) Encarcelación 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 o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable; h) Persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género definido en el párrafo 3, u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional, en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o con cualquier crimen de la competencia de la Corte; i) Desaparición forzada de personas; j) El crimen de apartheid; k) Otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física. 2. A los efectos del párrafo 1: a) Por “ataque contra una población civil” se entenderá una línea de conducta que implique la comisión múltiple de actos mencionados en el párrafo 1 contra una población civil, de conformidad con la política de un Estado o de una organización de cometer es ataque o para promover esa política; b) El “exterminio” comprenderá la imposición intencional de condiciones de vida, la privación del acceso a alimentos o medicinas, entre otras, encaminadas a causar la destrucción de parte de una población; c) Por “esclavitud” se entenderá el ejercicio de los atributos del derecho de propiedad sobre una persona, o de algunos de ellos, incluido el ejercicio de esos atributos en el tráfico de personas, en particular mujeres y niños; d) Por “deportación o traslado forzoso de población” se entenderá el desplazamiento de las personas afectadas, por expulsión u otros actos coactivos, de la zona en que estén legítimamente presentes, sin motivos autorizados por el derecho internacional; e) Por “tortura” se entenderá causar intencionalmente dolor o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, a una persona que el acusado tenga bajo su custodia o control; sin embargo, no se entenderá por tortura el dolor o los sufrimientos que se deriven únicamente de sanciones lícitas o que sean consecuencia normal o fortuita de ellas; f) Por “embarazo forzado” se entenderá el confinamiento ilícito de una mujer a la que se ha dejado embarazada por la fuerza, con la intención de modificar la composición étnica de una población o de cometer otras violaciones graves del derecho internacional. En modo alguno se entenderá que



esta definición afecta a las normas de derecho interno relativas al embarazo; g) Por “persecución” se entenderá la privación intencional y grave de derechos fundamentales en contravención del derecho internacional en razón de la identidad del grupo o de la colectividad; h) Por “el crimen de apartheid” se entenderán los actos inhumanos de carácter similar a los mencionados en el párrafo 1 cometidos en el contexto de un régimen institucionalizado de opresión y dominación sistemáticas de un grupo racial sobre uno o más grupos raciales y con la intención de mantener ese régimen; i) Por “desaparición forzada de personas” se entenderá la aprehensión, la detención o el secuestro de personas por un Estado o una organización política, o con su autorización, apoyo o aquiescencia, seguido de la negativa a informar sobre la privación de libertad o dar información sobre la suerte o el paradero de esas personas, con la intención de dejarlas fuera del amparo de la ley por un período prolongado. 3. A los efectos del presente Estatuto se entenderá que el término “género” se refiere a los dos sexos, masculino y femenino, en el contexto de la sociedad. El término “género” no tendrá más acepción que la que antecede.

Artículo 8°. Crímenes de guerra:

1. La Corte tendrá competencia respecto de los crímenes de guerra en particular cuando se cometan como parte de un plan o política o como parte de la comisión en gran escala de tales crímenes. 2. A los efectos del presente Estatuto, se entiende por “crímenes de guerra”: a) Infracciones graves de los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, a saber, cualquiera de los siguientes actos contra personas o bienes protegidos por las disposiciones del Convenio de Ginebra pertinente: i) El homicidio intencional; ii) La tortura o los tratos inhumanos, incluidos los experimentos biológicos; iii) El hecho de causar deliberadamente grandes sufrimientos o atentar gravemente contra la integridad física o la salud; iv) La destrucción y la apropiación de bienes no justificadas por necesidades militares, y efectuadas a gran escala, ilícita y arbitrariamente; v) El hecho de forzar a un prisionero de guerra o a otra persona protegida a servir en las fuerzas de una Potencia enemiga; vi) El hecho de privar deliberadamente a un prisionero de guerra o a otra persona protegida de su derecho a ser juzgado legítima e imparcialmente; vii) La deportación o el traslado ilegal, la detención ilegal; viii) La toma rehenes; b) Otras violaciones graves de las leyes y usos aplicables en los conflictos armados internacionales



dentro del marco del derecho internacional, a saber, cualquiera de los actos siguientes: i) Dirigir intencionalmente ataques contra la población civil en cuanto tal o contra personas civiles que no participen directamente en las hostilidades; ii) Dirigir intencionalmente ataques contra bienes civiles, es decir, bienes que no son objetivos militares; iii) Dirigir intencionalmente ataques contra personal, instalaciones, material, unidades o vehículos participantes en una misión de mantenimiento de la paz o de asistencia humanitaria de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, siempre que tengan derecho a la protección otorgada a civiles o bienes civiles con arreglo al derecho internacional de los conflictos armados; iv) Lanzar un ataque intencionalmente, a sabiendas de que causará pérdidas de vidas, lesiones a civiles o daños a bienes de carácter civil o daños extensos, duraderos y graves al medio ambiente natural que serían manifiestamente excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa de conjunto que se prevea; v) Atacar o bombardear, por cualquier medio, ciudades, aldeas, viviendas o edificios que no estén defendidos y que no sean objetivos militares; vi) Causar la muerte o lesiones a un enemigo que haya depuesto las armas o que, al no tener medios para defenderse, se haya rendido a discreción; vii) Utilizar de modo indebido la bandera blanca, la bandera nacional o las insignias militares o el uniforme del enemigo o de las Naciones Unidas, así como los emblemas distintivos de los Convenios de Ginebra, y causar así la muerte o lesiones graves; viii) El traslado, directa o indirectamente, por la Potencia ocupante de parte de su población civil al territorio que ocupa o la deportación o el traslado de la totalidad o parte de la población del territorio ocupado, dentro o fuera de ese territorio; ix) Dirigir intencionalmente ataques contra edificios dedicados a la religión, la instrucción, las artes, las ciencias o la beneficencia, los monumentos, los hospitales y los lugares en que se agrupa a enfermos y heridos, siempre que no sean objetivos militares; x) Someter a personas que estén en poder del perpetrador a mutilaciones físicas o a experimentos médicos o científicos de cualquier tipo que no estén justificados en razón de un tratamiento médico, dental u hospitalario, ni se lleven a cabo en su interés, y que causen la muerte o pongan gravemente en peligro su salud; xi) Matar o herir a traición a personas pertenecientes a la nación o al ejército enemigo; xii) Declarar que no se dará cuartel; xiii) Destruir o confiscar bienes del enemigo, a menos que las necesidades de la guerra lo hagan imperativo; xiv) Declarar abolidos, suspendidos o inadmisibles ante un tribunal los derechos y



acciones de los nacionales de la parte enemiga; xv) Obligar a los nacionales de la parte enemiga a participar en operaciones bélicas dirigidas contra su propio país, aunque hubieran estado al servicio del beligerante antes del inicio de la guerra; xvi) Saquear una ciudad o una plaza, incluso cuando es tomada por asalto; xvii) Emplear veneno o armas envenenadas; xviii) Emplear gases asfixiantes, tóxicos o similares o cualquier líquido, material o dispositivo análogo; xix) Emplear balas que se ensanchan o aplasten fácilmente en el cuerpo humano, como balas de camisa dura que no recubra totalmente la parte interior o que tenga incisiones; xx) Emplear armas, proyectiles, materiales y métodos de guerra que, por su propia naturaleza, causen daños superfluos o sufrimientos innecesarios o surtan efectos indiscriminados en violación del derecho humanitario internacional de los conflictos armados, a condición de que esas armas o esos proyectiles, materiales o métodos de guerra, sean objeto de una prohibición completa y estén incluidos en un anexo del presente Estatuto en virtud de una enmienda aprobada de conformidad con las disposiciones que, sobre el particular, figuran en los artículos 121 y 123; xxi) Cometer atentados contra la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes; xxii) Cometer actos de violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, definido en el apartado f) del párrafo 2° del artículo 7°, esterilización forzada y cualquier otra forma de violencia sexual que constituya una infracción grave de los Convenios de Ginebra; xxiii) Utilizar la presencia de una persona civil u otra persona protegida para poner ciertos puntos, zonas o fuerzas militares a cubierto de operaciones militares; xxiv) Dirigir intencionalmente ataques contra edificios, material, unidades y medios de transporte sanitarios, y contra personal que utilice los emblemas distintivos de los Convenios de Ginebra de conformidad con el derecho internacional; xxv) Hacer padecer intencionalmente hambre a la población civil como método de hacer la guerra, privándola de los objetos indispensables para su supervivencia, incluido el hecho de obstaculizar intencionalmente los suministros de socorro de conformidad con los Convenios de Ginebra; xxvi) Reclutar o alistar a niños menores de 15 años en las fuerzas armadas nacionales o utilizarlos para participar activamente en las hostilidades; c) En caso de conflicto armado que no sea de índole internacional, las violaciones graves del artículo 3° común a los cuatro Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, a saber, cualquiera de los siguientes actos cometidos contra personas que no participen



directamente en las hostilidades, incluidos los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y las que hayan quedado fuera de combate por enfermedad, herida, detención o por cualquier otra causa: i) Los atentados contra la vida y la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles y la tortura; ii) Los atentados contra la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes; iii) La toma de rehenes; iv) Las condenas dictadas y las ejecuciones efectuadas sin previo juicio ante un tribunal regularmente constituido con todas las garantías judiciales generalmente reconocidas como indispensables. d) El párrafo 2° c) del presente artículo se aplica a los conflictos armados que no son de índole internacional, y por consiguiente, no se aplica a las situaciones de tensiones internas y de disturbios interiores, tales como los motines, los actos esporádicos y aislados de violencia u otros actos análogos. e) Otras violaciones graves de las leyes y los usos aplicables en los conflictos armados que no sean de índole internacional, dentro del marco establecido de derecho internacional, a saber, cualquiera de los actos siguientes: i) Dirigir intencionalmente ataques contra la población civil como tal o contra civiles que no participen directamente en las hostilidades; ii) Dirigir intencionalmente ataques contra edificios, material, unidades y medios de transporte sanitarios y contra el personal que utilicen los emblemas distintivos de los Convenios de Ginebra de conformidad con el derecho internacional; iii) Dirigir intencionalmente ataques contra personal, instalaciones, material, unidades o vehículos participantes en una misión de mantenimiento de la paz o de asistencia humanitaria de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, siempre que tengan derecho a la protección otorgada a civiles o bienes civiles con arreglo al derecho internacional de los conflictos armados; iv) Dirigir intencionalmente ataques contra edificios dedicados al culto religioso, la educación, las artes, las ciencias o la beneficencia, los monumentos, los hospitales y otros lugares en que se agrupa a enfermos y heridos, a condición de que no sean objetivos militares; v) Saquear una ciudad o plaza, incluso cuando es tomada por asalto; vi) Cometer actos de violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, definido en el apartado f) del párrafo 2° del artículo 7°, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual que constituya también una violación grave del artículo 3° común a los cuatro Convenios de Ginebra; vii) Reclutar o alistar niños menores de 15 años en las fuerzas armadas o grupos o utilizarlos para



participar activamente en hostilidades; viii) Ordenar el desplazamiento de la población civil por razones relacionadas con el conflicto, a menos que así lo exija la seguridad de los civiles de que se trate o por razones militares imperativas; ix) Matar o herir a traición a un combatiente enemigo; x) Declarar que no se dará cuartel; xi) Someter a las personas que estén en poder de otra parte en el conflicto a mutilaciones físicas o a experimentos médicos o científicos de cualquier tipo que no estén justificados en razón del tratamiento médico, dental u hospitalario de la persona de que se trate ni se lleven a cabo en su interés, y que provoquen la muerte o pongan gravemente en peligro su salud; xii) Destruir o confiscar bienes del enemigo, a menos que las necesidades del conflicto lo hagan imperativo; f) El párrafo 2° e) del presente artículo se aplica a los conflictos armados que no son de índole internacional, y, por consiguiente, no se aplica a las situaciones de tensiones internas y de disturbios interiores, tales como los motines, los actos esporádicos y aislados de violencia u otros actos de carácter similar. Se aplica a los conflictos armados que tienen lugar en el territorio de un Estado cuando existe un conflicto armado prolongado entre las autoridades gubernamentales y grupos armados organizados o entre tales grupos. 3. Nada de lo dispuesto en los párrafos 2 c) y e) afectará a la responsabilidad que incumbe a todo gobierno de mantener y restablecer el orden público en el Estado y de defender la unidad e integridad territorial del Estado por cualquier medio legítimo.

Luego, el **art. 70 del Estatuto** establece:

Delitos contra la administración de justicia

1. La Corte tendrá competencia para conocer de los siguientes delitos contra la administración de justicia, siempre y cuando se cometan intencionalmente:
 - a. Dar falso testimonio cuando se esté obligado a decir verdad de conformidad con el párrafo 1° del artículo 69;
 - b. Presentar pruebas a sabiendas de que son falsas o han sido falsificadas;
 - c. Corromper a un testigo, obstruir su comparecencia o testimonio o interferir en ellos, tomar represalias contra un testigo por su declaración, destruir o alterar pruebas o interferir en las diligencias de prueba;
 - d. Poner trabas, intimidar o corromper a un funcionario de la Corte para obligarlo o inducirlo a que no cumpla sus funciones o a que lo haga de manera indebida;



El Estatuto de Roma no contiene una obligación específica en cuanto a la adaptación del derecho interno. Como única excepción normativa puede considerarse el artículo 70, inciso 4°, letra *a*, que obliga a los estados parte a extender sus leyes penales que castiguen delitos contra la administración de justicia a los delitos contra la Corte Penal Internacional (C.P.I.) contenidos en el artículo 70.¹³⁸

Sin embargo, el mismo Kai Ambos reconoce que “[...] los crímenes codificados en los artículos 5° a 8° del Estatuto son reconocidos por el derecho consuetudinario internacional, incluso como *ius cogens*”¹³⁹. Ello significa que si bien no surge la obligación de tipificar delitos del texto del Estatuto expresamente (excepto los mencionados en el art. 70) esa obligación sí surgiría del Derecho Internacional consuetudinario.

2.32.2.b. El Estatuto de Roma como fuente de obligación (de crear delitos) para los Estados Partes

En esta otra posición, por ejemplo, Laborías sostiene que, para la implementación del Estatuto de Roma en nuestro país, es necesario la creación de delitos en la legislación interna. Se trataría de los mismos delitos que menciona el Estatuto en sus arts. 5° a 8° y art. 70.

Según este autor, para asegurar el cumplimiento de las obligaciones internacionales contraídas por el Estado argentino es necesario realizar ciertas modificaciones en la legislación interna que tienen que ver con adoptar medidas de cooperación internacional y asistencia judicial, pero también de tipificación de delitos de competencia de la Corte (arts. 5° a 8° del Estatuto) y otros delitos contra la administración de justicia (art. 70 del Estatuto).

Entiende el citado autor que surge del Estatuto la obligación expresa para Argentina de tipificar los delitos de genocidio, de lesa humanidad y los crímenes de

¹³⁸ Cfr. **Ambos, Kai**, “Implementación del Estatuto de Roma en la legislación nacional”, ob. cit., p. 25.

¹³⁹ *Ibidem*, ob. cit. p. 27.



guerra. Esa obligación la extrae del Preámbulo del Estatuto¹⁴⁰ que habla genéricamente de adoptar medidas en el plano nacional para que los autores de los crímenes sean sometidos a la acción de la justicia.

Como se ha señalado a lo largo del presente trabajo, entendemos que expresiones genéricas de ese tipo no obligan a los Estados Parte específicamente a tipificar delitos en su legislación interna.

Luego, el mismo autor menciona la obligación de los Estados parte (incluyendo Argentina) de tipificar delitos contra la administración de justicia, previsto en el art. 70.4 del Estatuto¹⁴¹.

En resumen, para este autor, es obligación del Estado argentino tipificar los delitos previstos en el Estatuto de Roma en los arts. 5° a 8° y en el art. 70. Serían los delitos de genocidio, de lesa humanidad, los crímenes de guerra y los delitos contra la administración de justicia (de la Corte Penal Internacional).

2.32.2.c. Postura personal en relación al Estatuto de Roma y la obligación de tipificar delitos

Consideramos que, del texto del Estatuto de Roma —puntualmente, del art. 5° al 8°— no surge la obligación expresa de crear delitos en la legislación interna de los Estados Parte.

El Estatuto de Roma es el instrumento normativo que crea un sistema especial de jurisdicción penal internacional. Se trata de un conjunto de normas que tipifican una serie de conductas ilícitas (crímenes internacionales) que ya eran consideradas tales por las normas consuetudinarias, pero que a partir de esta normativa se codifican¹⁴². Además,

¹⁴⁰ Concretamente, se refiere a la parte que dice: “[...] los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto no deben quedar sin castigo y que, a tal fin, hay que adoptar medidas en el plano nacional e intensificar la cooperación internacional para asegurar que sean efectivamente sometidos a la acción de la justicia”. También en la parte que sostiene: “[...] es deber de todo Estado ejercer su jurisdicción penal contra los responsables de crímenes internacionales”. Cfr. Laborías, ob. cit., p. 50.

¹⁴¹ Recordamos que el art. 70.4 establece: “Todo Estado Parte hará extensiva sus leyes penales que castiguen los delitos contra la integridad de su propio procedimiento de investigación o enjuiciamiento a los delitos contra la administración de justicia a que se hace referencia en el presente artículo y sean cometidos en su territorio o por uno de sus nacionales”.

¹⁴² Cfr. **Frister, Helmut**, *Derecho Penal*, Parte General, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Editorial Hammurabi, 2016.



se establece un tribunal especial encargado del juzgamiento de esas conductas de manera *complementaria* a la acción de los Estados parte¹⁴³. Esto significa que la persecución y juzgamiento de los delitos considerados crímenes internacionales podrían ser realizados por los Estados parte o por la Corte Penal Internacional.

Entendemos que el aspecto más relevante en este sentido es que la normativa citada en primer término (arts. 5° a 8°) sólo *describe* los elementos de los delitos que la Corte podría juzgar, pero en ningún momento *se obliga* a los Estados parte a tipificarlos expresamente en su legislación interna, como hemos visto que hacen los tratados o instrumentos analizados previamente. Si bien puede entenderse que se trata de crímenes internacionales, y la obligación de tipificarlos en el derecho interno podría surgir del *Derecho Internacional consuetudinario*, recordamos que en este trabajo nos referimos exclusivamente al Derecho Internacional convencional. Por ello, podemos decir que del Estatuto —en la parte señalada— no surge una obligación para los Estados parte de tipificar los delitos que se mencionan.

Sí está claro que el Estatuto obliga a tipificar conductas, cuando en el art. 70.4 establece

Todo Estado Parte hará extensivas sus leyes penales que castiguen los delitos contra la integridad de su propio procedimiento de investigación o enjuiciamiento a los delitos contra la administración de justicia a que se hace referencia en el presente artículo y sean cometidos en su territorio o por uno de sus nacionales [...].

Por este motivo, se podría considerar que surge una obligación (Derecho Internacional convencional) para el Estado argentino de tipificar las conductas vinculadas a la afectación de la administración de justicia de la Corte Penal Internacional.

En conclusión: en relación al Estatuto de la Corte Penal Internacional, podemos decir que no surge la obligación expresa de tipificar los delitos de genocidio, lesa humanidad y crímenes de guerra, aunque sí surge la de tipificar los delitos contra la administración de justicia.

¹⁴³ Al respecto, el mismo preámbulo establece que “[...] la Corte Penal Internacional establecida en virtud del presente Estatuto será complementaria de las jurisdicciones penales nacionales”. También el art. 1° establece que “La Corte [...] tendrá carácter complementario de las jurisdicciones penales nacionales”.



De cualquier modo, veremos que el Estado argentino, ha dictado la ley 26.200 que implementa el Estatuto de la Corte en la legislación interna, y a partir del texto legal, debemos analizar si están cumplidas las obligaciones que surgen del Estatuto.

Antes de analizar concretamente la ley 26.200, debemos aclarar que desde el punto de vista político criminal sí sería conveniente tipificar en la legislación argentina los delitos que menciona el Estatuto ya que se trata de las conductas más graves que se puedan imaginar en el ámbito del derecho penal. Así lo hacen los últimos dos proyectos de código penal en nuestro país (proyecto 2013 y 2018) que dedican apartados especiales a estos delitos. Por otra parte, la obligación del Estado argentino de tipificar esas conductas delictivas, surge del Derecho Internacional consuetudinario que —como señalamos— también es fuente del derecho internacional.

2.32.3. La ley 26.200 y el Estatuto de Roma

La ley 26.200 fue sancionada el 13 de diciembre de 2006 y tiene por objeto implementar las disposiciones del Estatuto de Roma en nuestra legislación interna y regular las relaciones de cooperación entre el Estado argentino y la Corte Penal Internacional (C.P.I.).

2.32.3.a. La previsión de los delitos del Estatuto en la legislación interna

De acuerdo al art. 2° de la ley, los delitos descritos en los arts. 6°, 7°, 8°, 70 y todos los delitos que en lo sucesivo¹⁴⁴ sean de competencia de la C.P.I., serán punibles para la República Argentina en la forma prevista en la misma ley. Ello significa que el Estado argentino ha optado por receptar directamente las figuras penales descritas en el Estatuto en los citados artículos, haciéndolos aplicables en el ámbito interno en la forma establecida en la ley.

En relación a las distintas opciones que tienen los países latinoamericanos para receptar los delitos del Estatuto de Roma, señala Kai Ambos que existen tres diferentes: la primera sería la adopción literal de los arts. 5° y siguientes (modelo belga), la segunda

¹⁴⁴ Se refiere al delito de *agresión*, previsto en el Estatuto (art. 5.d) que debería aprobarse una vez definidas las condiciones según el art. 121 y 123.



una codificación nueva en la parte especial del código penal, y la tercera sería la sanción de una ley especial.

El legislador alemán optó por este último sistema. Es por ello que se sancionó en Alemania, el *Código Penal del Derecho de Gentes* (diferente a su código penal, que sigue vigente) en el que se adoptan para su derecho interno los crímenes del derecho internacional: genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra. Todos estos delitos mencionados por el Estatuto de Roma, son receptados en la legislación interna alemana, e incluso, algunos de ellos son ampliados¹⁴⁵.

En nuestra ley 26.200 se adopta el *sistema de recepción directa* de las figuras descriptas en el Estatuto, con la aclaración en relación a las penas previstas para cada uno de esos delitos (arts. 8º, 9º y 10).¹⁴⁶

Si bien la ley 26.200 —en los artículos mencionados— no hace una referencia expresa a la recepción de los delitos del Estatuto, adopta implícitamente los delitos del Estatuto, al decir “[...] en los casos previstos en el art. [...] del Estatuto de Roma, la pena aplicable es de [...]”. Por este motivo, no se podría invocar el principio de legalidad para sostener que no son aplicables directamente los delitos del Estatuto de Roma en nuestra legislación, o que los jueces de nuestro país no serían competentes para aplicarlos. Los obstáculos del principio de legalidad quedan totalmente descartados con la previsión que hace la ley en estos arts. 8º, 9º y 10.

Debemos mencionar también que hay proyectos de inclusión expresa de los delitos del Estatuto de Roma en la legislación interna. Los dos últimos proyectos de modificación integral del código penal argentino así lo prevén¹⁴⁷.

¹⁴⁵ Cfr. **Frister**, ob. cit., p. 57.

¹⁴⁶ Hubo dos proyectos previos a la sanción de esta ley, para implementar el Estatuto de Roma. En el primero de ellos (Proyecto de ley implementando el Estatuto de Roma, presentado el 08/10/02 en el Senado) cada delito se regulaba de manera individual reiterando las disposiciones del Estatuto y efectuándose algunas adecuaciones. En el proyecto de 2004 (antecedente de la ley 26.200), en cambio, hay una remisión implícita a las disposiciones del Tratado. Cfr. **Laborías**, ob. cit., p. 56.

¹⁴⁷ Tanto el proyecto de 2013 (comisión presidida por Zaffaroni), como el proyecto 2018 (comisión presidida por Borinsky) prevén secciones especiales para reproducir los delitos del Estatuto de Roma en la legislación interna, siguiendo el sistema establecido en el Estatuto con mucho rigor. Previamente, el **Proyecto** de modificación del código penal del año **2007** había considerado ya la introducción de un *Título I* en su libro segundo, que trataba los delitos contra la humanidad, aunque no seguía de manera ordenada el sistema del Estatuto de Roma. Entre sus arts. 70 a 82 sancionaba delitos de genocidio, contra la humanidad y algunos crímenes de guerra. No así los delitos contra la administración de justicia de la C.P.I. En el **proyecto Zaffaroni (2013)** el libro segundo (*De los delitos*) comienza con el *Título I* dedicado a los Delitos contra la humanidad. El capítulo I dentro de este título, se llama “Genocidio, desaparición forzada de personas y otros crímenes contra la humanidad”, y prevé los delitos que surgen del art. 6º y 7º del Estatuto, en los arts. 64 a 66, con algunas modificaciones de adaptación al derecho interno. Luego, en el capítulo II



También hay que considerar que algunos de esos delitos descritos en el Estatuto de Roma ya están impuestos por otros instrumentos internacionales que analizamos previamente. Por ejemplo: la tortura y la desaparición forzada de personas.

2.32.3.b. Disposiciones de la ley referidas a aplicación material e imprescriptibilidad

Entre las condiciones establecidas en la ley, se disponen los principios de aplicación material de la ley y el Estatuto (art. 3°), comprendiendo no solamente los hechos cometidos en territorio argentino o lugares sometidos a su jurisdicción, sino también en territorio extranjero por argentinos o por personas domiciliadas en Argentina, o si por cualquier tratado corresponde su intervención en esos casos. Se establece la competencia federal para la aplicación de estos delitos, y la obligación de ejercer la jurisdicción del Estado argentino cuando no proceda a la entrega del sujeto a la Corte Penal Internacional (principio *aut dedere aut iudicare*).

Luego, entre los arts. 7° y 10 se establecen las penas de esos delitos previstos en el Estatuto de Roma, para nuestra legislación interna. También se aclara que cuando el Estatuto se refiere a “reclutar o alistar niños menores de 15 años”, en nuestra legislación se entenderá a menores de 18 años¹⁴⁸. También se establece que los delitos de los arts. 8°, 9° y 10 del Estatuto son imprescriptibles (en la acción y la pena) y se destaca que ninguno de los delitos del Estatuto podría aplicarse vulnerando el art. 18 de la C.N. (principio de legalidad).

se prevén los “Crímenes de guerra y agresión. Tratos inhumanos, empleo de medios prohibidos o desleales”. Allí están previstos los delitos del art. 8° del Estatuto de Roma, en los arts. 67 a 72 del proyecto. No se incorporan en ese proyecto los delitos contra la Administración de Justicia de la C.P.I. En el **proyecto Borinsky (2018)** se agrega un libro tercero para estos delitos (*Delitos contra el orden internacional*) con la intención de remarcar la autonomía de estos delitos, conjuntamente con las reglas especiales de su aplicación (principio universal, imprescriptibilidad, etcétera). El título I dentro de este libro se llama *Disposiciones generales* (arts. 513 a 515) y contiene normas de imprescriptibilidad y participación de un funcionario público. El título II trata el delito de desaparición forzada de personas (art. 516). El título III trata el genocidio y delitos de lesa humanidad (arts. 517 a 520) de forma similar al Estatuto de Roma. El título IV se llama *Delitos de guerra* (art. 521 a 534) y prevé los crímenes de guerra del art. 8° del Estatuto. El título V prevé el delito de agresión (art. 535). El título VI se refiere a la responsabilidad de jefes y superiores (arts. 536 y 537). Finalmente, el título VII trata los delitos contra la administración de justicia de la Corte Penal Internacional (arts. 538 a 540) siguiendo los delitos del art. 70 del Estatuto de Roma.

¹⁴⁸ Se trataría de una extensión de la punición en relación al texto original del Estatuto de Roma, que estaría perfectamente permitido a cada Estado parte, ya que se trata de una decisión de política criminal.



2.32.3.c. Los delitos contra la Administración de Justicia de la C.P.I.

A continuación, en el título III están previstos los *delitos contra la administración de justicia de la Corte Penal Internacional*. En relación a estos delitos, la ley 26.200 ha adoptado un tratamiento al de los delitos de genocidio, lesa humanidad y crímenes de guerra, que ya vimos que surgen de la incorporación tácita a la legislación interna por vía de los arts. 2º, 8º, 9º y 10 de la ley.

En el caso de los delitos contra la Administración de Justicia de la Corte Penal Internacional, la ley opta por reproducir los tipos penales, señalando además la pena para cada uno de los casos¹⁴⁹. Los delitos del Estatuto de Roma están previstos en los siguientes delitos:

- El **falso testimonio** en el art. 14¹⁵⁰: “El que dé falso testimonio ante la Corte Penal Internacional cuando esté obligado a decir verdad de conformidad con el párrafo 1º del artículo 69 del Estatuto de Roma, será reprimido con la pena de 1 a 10 años de prisión”.
- La **falsificación de pruebas** en el art. 15¹⁵¹: “El que presente pruebas ante la Corte Penal Internacional a sabiendas de que son falsas o hayan sido falsificadas, será reprimido con la pena de 1 a 10 años de prisión”.
- La **corrupción de testigos** en el art. 16¹⁵²: “El que corrompa a un testigo que debe testificar ante la Corte Penal Internacional, obstruya su comparecencia o testimonio o interfiera en ellos, será reprimido con la pena de 1 a 10 años de prisión”.
- La **represalia contra testigo** en el art. 17¹⁵³: “El que tome represalias contra un testigo por su declaración prestada ante la Corte Penal Internacional, será reprimido con la pena de 3 a 10 años de prisión”.
- La **destrucción o alteración de pruebas** en el art. 18¹⁵⁴: “El que destruya, altere pruebas o interfiera en las diligencias de prueba en

¹⁴⁹ En estos delitos, a diferencia de los anteriores, se reproducen los textos con la mención de los elementos de cada uno de ellos, según se los ha descrito en el texto del Estatuto de Roma.

¹⁵⁰ Se corresponde con el art. 70.1.a del Estatuto.

¹⁵¹ Se corresponde con el art. 70.1.b del Estatuto.

¹⁵² Se corresponde con el art. 70.1.c del Estatuto.

¹⁵³ Se corresponde con el art. 70.1.c del Estatuto.

¹⁵⁴ Se corresponde con el art. 70.1.c del Estatuto.



un procedimiento de la Corte Penal Internacional, será reprimido con la pena de 1 a 10 años de prisión”.

- La **intimidación o corrupción de funcionarios** en el art. 19¹⁵⁵: “El que ponga trabas, intimide o corrompa a un funcionario de la Corte Penal Internacional para obligarlo o inducirlo a que no cumpla sus funciones o a que lo haga de manera indebida, será reprimido con la pena de 3 a 10 años de prisión”.
- El **atentado contra funcionarios** en el art. 20¹⁵⁶: “El que tome represalias contra un funcionario de la Corte Penal Internacional en razón de funciones que hubiere desempeñado él u otro funcionario, será reprimido con la pena de 3 a 10 años de prisión”.
- El **soborno** en el art. 21¹⁵⁷: “El que solicite o acepte un soborno en calidad de funcionario de la Corte Penal Internacional y en relación con esas funciones oficiales, será reprimido con la pena de 8 a 15 años de prisión”.

Posteriormente, la ley regula las relaciones con la C.P.I. y la forma de elegir sus representantes.

2.32.4. Conclusiones en relación al Estatuto de Roma

En principio, sólo surge del Estatuto la obligación de criminalizar las conductas indicadas en el art. 70. En cambio, los delitos que surgen de los arts. 6°, 7° y 8° del Estatuto no implican una obligación de tipificarlos en la legislación interna para los Estados Parte. Sin embargo, esa obligación sí surge del Derecho Internacional consuetudinario, y el Estatuto viene a servir como un cuerpo que sistematiza el tratamiento de los crímenes internacionales.

De todos modos, la ley 26.200 ha receptado todos los delitos previstos en el Estatuto de Roma. Por una parte, por vía del art. 2° de la ley se acogen los delitos que el

¹⁵⁵ Se corresponde con el art. 70.1.d del Estatuto.

¹⁵⁶ Se corresponde con el art. 70.1.e del Estatuto.

¹⁵⁷ Se corresponde con el art. 70.1.f del Estatuto.



Estatuto describe en sus arts. 6º, 7º, y 8º (delitos de genocidio, lesa humanidad y crímenes de guerra). Se puede considerar que la obligación del Estado argentino¹⁵⁸ de tipificar esos delitos se ha cumplido con la sanción de esta ley.

Por otra parte, los arts. 14 a 21 de la ley receptan los delitos que el Estatuto obliga a tipificar según su art. 70 (Delitos contra la administración de justicia de la C.P.I.).

De este modo, vemos que se han cumplido las obligaciones de parte del Estado argentino de tipificar los delitos previstos en el Estatuto de la Corte Penal Internacional.

No se puede considerar que existan obligaciones pendientes en relación a dicho Estatuto, aunque tal vez en una futura reforma del código penal sea más conveniente introducir algún libro o título especial dedicado a estos delitos para remarcar la importancia de los crímenes del derecho internacional.

¹⁵⁸ Como señalamos, la obligación de tipificar estos delitos tiene como fuente el derecho consuetudinario internacional.



CAPÍTULO 3

INSTRUMENTOS INTERNACIONALES QUE NO OBLIGAN A CRIMINALIZAR CONDUCTAS, SOLO IMPONEN LA PROTECCIÓN GENÉRICA

3.1. Introducción. El ejemplo de la Convención Americana de Derechos Humanos

Después de haber analizado más de 30 instrumentos internacionales que obligan a los Estados Parte (Argentina especialmente) a crear en su legislación interna una serie de conductas delictivas¹⁵⁹, propongo ver un caso particular, que puede servir como ejemplo de los instrumentos internacionales que prevén la protección de un derecho, pero que no imponen a los Estados parte esa obligación de crear conductas delictivas.

Vamos a analizar una disposición específica en la Convención Americana Sobre Derechos Humanos que ha generado mucha discusión en el ámbito del derecho penal. Nos referimos al art. 4° de la Convención que protege la vida humana (desde la concepción), lo cual ha llevado a decir a un sector de la doctrina constitucional y penal que obliga al Estado argentino a penalizar la conducta de aborto en todos los casos¹⁶⁰.

Como sabemos, el código penal argentino sanciona el aborto. La cuestión es definir si sería posible derogar (total o parcialmente) el delito de aborto sin afectar los compromisos internacionales, a partir del art. 4° de la Convención Americana de Derechos Humanos y de otros instrumentos que establecen una norma similar. En parte, este tema se discutió en el Congreso Nacional, cuando se trataba de permitir el aborto dentro de las primeras 14 semanas del embarazo, y que, tras una larga discusión, terminó en la sanción de la ley 27.610, promulgada el 15 de enero de 2021.

¹⁵⁹ Imponiendo incluso —en algunos de esos casos— el texto que deben utilizar los Estados en la tipificación.

¹⁶⁰ Como consecuencia lógica, también debería penalizarse el homicidio en todos los casos. El supuesto de homicidio no se mencionó en las discusiones doctrinarias ya que nunca se propuso derogar esta figura.



Consideramos que este caso del aborto puede ser un ejemplo bien claro de cuando los tratados o instrumentos internacionales obligan a los Estados Parte a velar por un bien jurídico determinado, pero sin imponer una obligación específica de *criminalizar* ciertas conductas que puedan afectar ese bien jurídico.

Es un ejemplo que marca claramente la distinción entre protección (general) constitucional y protección penal (obligación de criminalizar).

3.2. La protección de la vida humana (por nacer) en la Constitución Nacional

El problema que señalamos se comienza a discutir con la reforma constitucional de 1994 y la incorporación de ciertos tratados al bloque de constitucionalidad ya que el texto de alguno de ellos consagra expresamente la protección de la vida humana, incluso desde la concepción¹⁶¹.

En este sentido, **el art. 6° del P.I.D.C.P.** establece: “El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente”. Asimismo, la **Convención sobre los Derechos del niño en su art. 6°** determina: “Los Estados Partes reconocen que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida”. Finalmente, y en lo que nos interesa puntualmente en este trabajo, **el art. 4° de la Convención Americana de Derechos Humanos** sostiene: “Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de ella arbitrariamente”.

A diferencia de los instrumentos anteriores, la Convención Americana consagra la protección de la vida humana desde la concepción.

¹⁶¹ Como señala Bergallo: “En 1994 ese proceso de internalización experimentó otra transformación política y jurídica: mediante el artículo 75, inciso 22, de la Constitución, se reconoció estatus constitucional a un conjunto de Tratados de Derechos Humanos (TDH). En esta nueva fase, justificada con argumentos expresivos y de reputación internacional —esta vez por los constituyentes—, los TDH y los estándares del DIDH adquirieron un nuevo e indefinido perfil como recursos argumentativos e interpretativos en el diseño y la implementación de leyes y políticas públicas y en los reclamos de protección de derechos. La constitucionalización puso fin a algunas controversias jurídicas sobre la aplicación de los TDH y creó la necesidad de impulsar en distintos espacios institucionales —la administración pública, las legislaturas, los tribunales, la sociedad civil y la academia— un debate que diera sentido a sus efectos, alcances políticos y jurídicos. Las conclusiones de ese debate continúan definiéndose hasta hoy”. Cfr. Bergallo, Paola, “Igualdad de género: experiencias y perspectivas para su exigibilidad judicial”, en Gargarella, Roberto (coordinador), *Teoría y Crítica del Derecho Constitucional*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2009, p. 570.



A partir de estos instrumentos internacionales, algunos autores de la doctrina penal y constitucional argentina empezaron a cuestionar la constitucionalidad del art. 86 del código penal. Es decir, comenzaron a argumentar que los supuestos de abortos no punibles serían inconstitucionales. Si en el Bloque de constitucionalidad se protege la vida humana desde la concepción, entonces existiría una obligación de penar el aborto en todos los casos. No podrían existir excepciones. En consecuencia, el art. 86 sería inconstitucional: ni el peligro para la vida de la madre, ni el acto de violación previa ni los motivos eugenésicos serían argumento suficiente para permitir un caso de aborto.

Obviamente, para esta posición, la reforma de la ley 27.610 sería inconstitucional por afectar el art. 4° de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Parte de la jurisprudencia nacional, hace muchos años ya, haciéndose eco de esta argumentación, negó la realización de un aborto en general, e incluso en casos de mujeres que habían sido violadas o cuyas vidas corrían peligro.

3.3. La regulación del aborto en la Argentina

Debemos destacar que el aborto está sancionado (como regla general) en el código penal argentino en los arts. 85 a 88. Esta norma rige desde el año 1922.

La regla general que surge del art. 85 establece que será penado quien cause un aborto con o sin consentimiento de la persona gestante. Se prevé una agravante si se produce la muerte de la mujer.

Por otra parte, en el art. 86 del C.P. se prevén los supuestos de abortos no punibles: el llamado aborto terapéutico¹⁶², y el sentimental¹⁶³. El aborto eugenésico¹⁶⁴ ya

¹⁶² El aborto terapéutico significa que corre peligro la vida o salud de la madre. Se debe entender por salud tanto las afectaciones físicas como psíquicas. El concepto de la OMS incluye también el aspecto “social” de la salud.

¹⁶³ El aborto *sentimental* es el aborto practicado a una mujer —no idiota o demente, sino normal— embarazada producto de una violación. Curiosamente, la doctrina penal y constitucional argentina durante muchos años discutió si este caso estaba también previsto en el art. 86 del C.P., aunque aceptaban sin discusión el eugenésico. Para muchos se podía abortar para evitar un desmejoramiento de la raza, pero no cuando una mujer había sido víctima de violación: en este segundo caso, ella debía cargar con el embarazo y dar a luz para respetar el derecho de la persona por nacer.

¹⁶⁴ El aborto *eugenésico* es el permitido a una mujer idiota o demente que ha sido violada. El fundamento era el perfeccionamiento de la raza: evitar el nacimiento de una persona a quien se considera *deficiente*. Actualmente (en las legislaciones que lo tienen) se trata de justificar este tipo de aborto en el “daño que significaría para la madre obligarla a continuar el embarazo y dar a luz a una persona que tendrá que cuidar de por vida”, o la “maternidad de una mujer mentalmente inhabilitada para comprenderla cabalmente”. Sin embargo, de la exposición de motivos del senado surge claramente que el fundamento es la aberrante idea



no está previsto, desde la reforma de la ley 27.610. Siempre en estos casos, se exige el consentimiento de la mujer.

No está previsto en el código penal argentino el aborto culposo ni las lesiones culposas como delito, aunque sí el aborto preterintencional (art. 87 del C.P.).

Como se puede advertir, las penas previstas para el aborto son considerablemente inferiores a las penas del homicidio. En el caso del homicidio (simple) que sería la figura comparable a la del aborto simple, la pena es de 8 a 25 años de prisión. En el caso del aborto la pena es de hasta 1 año de prisión. Evidentemente para el código argentino de 1921 vale más la vida de una persona nacida que la vida del feto. Incluso, vale más la autodeterminación de la madre sobre su cuerpo que la vida del feto en sí misma. Esta afirmación se extrae de la diferencia de las escalas penales entre el aborto con y sin consentimiento: si el aborto es consentido la pena es de hasta 1 año. En cambio, si no hay consentimiento, la pena sería de 3 a 10 años de prisión: la pena es notablemente superior¹⁶⁵.

Es importante también destacar que, a diferencia del homicidio, el aborto culposo no está penado, como así tampoco las lesiones al feto. Claramente el código penal, en sus orígenes, ya marcaba una distinción valorativa entre la vida del feto y la vida de la persona ya nacida. Al mismo tiempo, en la constitución nacional no existía una protección específica respecto a la vida (de las personas o del feto) aunque se lo consideraba uno de los derechos implícitos que surgían del art. 33 de la C.N.

del perfeccionamiento de la raza. Cfr. Bianchi, Alberto, *En contra del aborto*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 1999, p. 97.

¹⁶⁵ Esta aclaración en relación al monto de las penas es importante por una cuestión que se discutió en distintos fallos sobre el tema: si el feto o embrión tendría los mismos derechos que una persona ya nacida. En los fallos de la Corte Europea no se les reconoció el mismo derecho.



En general, también se discutía la posibilidad de descriminalizar el aborto, aunque los argumentos eran exclusivamente de política criminal¹⁶⁶ o filosóficos¹⁶⁷, sin hacer referencia a la constitución como límite para descriminalizar o para obligar a criminalizar en todos los casos¹⁶⁸.

En la jurisprudencia, si bien se admitía la no punición de los abortos en los supuestos del art. 86, se fueron imponiendo obstáculos para su implementación: la judicialización de los casos surgió a partir de la negativa de parte de médicos de hospitales públicos, intervenciones de comités de ética, exigencias de denuncias o procesos penales avanzados en casos de violación.

3.4. Algunos casos de la jurisprudencia

La C.S.J.N. se expidió sobre el tema, de alguna manera, en las causas “T.S.” y “Portal de Belén” que se analizarán brevemente a continuación.

En el caso “T.S.”¹⁶⁹: la mayoría de la Corte confirmó la sentencia del Superior Tribunal de Justicia de la Ciudad de Bs. As., autorizando la inducción al parto de un feto con anencefalia. El argumento central de la mayoría en este caso partió de la diferenciación entre un aborto y un nacimiento prematuro. Sostuvieron que en el caso no

¹⁶⁶ Como un ejemplo de esta discusión puede verse Jiménez de Asúa, Luis, “El aborto y su impunidad”, en *La Ley*, Tomo XXVI, p. 977 y ss., 1942. El autor mencionado, luego de abogar por la impunidad del aborto sentimental, sostenía en relación a la posibilidad de permitir el aborto en todos los casos: “¿Puede la mujer, en el ejercicio de su derecho a ser madre conscientemente, hacerse abortar cuando no desee la maternidad o quiera poner término al número de sus hijos? El Proyecto checoslovaco autorizaba el aborto con semejante objetivo, y más ampliamente se consagró en la Rusia del Soviet. Confieso que no me atrevo a ir tan lejos. Antes he repudiado la esterilización femenina enderezada a esos fines y ahora rechazo el aborto por razones que me parecen decisivas. Los legisladores no pueden, a su antojo, crear infracciones ni suprimir delitos. Por encima de la ley sancionadora está la norma de cultura, como dice Max Ernesto Mayer. De esa cantera social extrae el autor de las leyes el concepto típico que plasma en sus artículos. En la mayoría de los pueblos, y en España más concretamente, el aborto se mira como un hecho reprochable” (ob. cit., p. 1001).

¹⁶⁷ Cfr. Nino, Carlos Santiago, *Fundamentos de derecho Constitucional*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Editorial Astrea, 2000, p. 242.

¹⁶⁸ Precisamente Nino, en la obra citada, aconsejaba que no se imponga en la constitución ningún límite en relación a la punición del aborto: “A pesar de que la autonomía de la madre es decisiva cuando el feto está lejos de convertirse en una persona moral y que ella debe ser protegida jurídicamente, creemos que sería inconveniente, por ahora, constitucionalizar tanto la permisibilidad como la prohibición del aborto. Me parece que dado el carácter complejo del balance de intereses que debe hacerse en esta materia y la fluidez del debate en curso sobre el tema, conviene que las soluciones correctas surjan del ejercicio continuo del método de discusión y decisión democráticas que se expresa en la legislación” (ob. cit., p. 247). Nino escribió esto en el año 1992, antes de la reforma constitucional. El año indicado (2000) corresponde a la 1ra. reimpresión.

¹⁶⁹ C.S.J.N., “T.S. vs. Gobierno CABA”, 11/01/2001, en *JA*, 2001-II-356.



se trataba de un aborto, sino de un adelantamiento del parto. Es decir que no se analizó siquiera el caso como un aborto y los derechos que tendría la mujer. El voto de la minoría¹⁷⁰ sostuvo que el derecho del feto debía prevalecer sobre el dolor de la madre y su familia y por ello negaron la autorización.

Al año siguiente en la causa “**Portal de Belén**”¹⁷¹ la C.S.J.N. tuvo oportunidad de tratar la relación entre el aborto y la constitución: la organización *Movimiento Pro Vida* cuestionó la fabricación, distribución y comercialización de la pastilla *del día después* llamada *Inmediat*, invocando el art. 4° de la C.A.D.H. y la protección de la vida humana desde la concepción. La mayoría de la Corte consideró que la vida humana se encuentra protegida desde la concepción, entendiendo por concepción el momento de la fecundación. Consideró el anticonceptivo como un abortivo ya que inhibe la implantación del óvulo en el útero. Por ello, dijo que la autorización de la píldora era inconstitucional y violatoria de las normas de los Tratados que protegen la vida desde la fecundación.

Claro que, hasta este momento, se veía el derecho de la madre a la autodeterminación casi como un capricho. No se consideraban prácticamente argumentos de privacidad, autonomía ni autodeterminación reproductiva o discriminación por sexo. Como señala Bergallo¹⁷², esto era lo más grave, si se considera que ya estaban consagrados esos derechos de la mujer en la C.E.D.A.W., y otros instrumentos internacionales, además de que eran reconocidos esos derechos de la mujer por otros organismos, como, por ejemplo, en el sistema regional de derechos humanos: especialmente en la **causa “Baby Boy”**¹⁷³ y recomendaciones al país del Comité de Derechos Humanos y de la C.E.D.A.W.

Los pronunciamientos de tribunales inferiores siguieron la línea general¹⁷⁴ impuesta por la Corte Suprema de la Nación, negando la posibilidad de realizar un aborto a la mujer embarazada con un feto anencefálico. Como es sabido, el feto anencefálico no

¹⁷⁰ Votaron en minoría los jueces Boggiano y Nazareno.

¹⁷¹ Cfr. C.S.J.N., “Portal de Belén vs. Ministerio de Salud de la Nación”, 05/03/2002, en *JA*, 2002-III-472.

¹⁷² Cfr. Bergallo, Paola, “Igualdad de género: experiencias y perspectivas para su exigibilidad judicial”, *ob. cit.*, p. 570.

¹⁷³ Precisamente en esta causa, la Comisión de Derechos Humanos había declarado que el art. 4° de la C.A.D.H. no implicaba una prohibición absoluta del aborto en los Estados parte del sistema interamericano.

¹⁷⁴ Se pueden citar como ejemplos: “N.P.K.” Juzgado Criminal y correccional Trans. Mar del Plata, del 23/5/2001, en *JA*, 2001-IV-421; “B.A.”, Sup. Corte Pcia. Bs. AS., del 22/6/2001, en *JA* 2001, IV-391; “Torres Stella M. y otros V. Gobierno CABA”, expte. 3658/2001, Juzgado Cont. Adm. y Trib. N.º 1, del 25/10/2001.



puede tener vida luego del nacimiento. Ello es motivo suficiente para encuadrar el caso dentro del supuesto del art. 86, inc. 1º, del C.P., ya que la situación seguramente implica una grave afectación a la salud síquica de la madre a quien se obligue a llevar adelante un embarazo de un niño que no nacerá con vida. Sin embargo, en muchos casos como estos, la jurisprudencia negó el aborto invocando la prevalencia de la vida de la persona por nacer por sobre cualquier derecho de la madre. La madre era un instrumento de reproducción para un fin ulterior: la concreción de los designios de la naturaleza.

Los jueces solo autorizaban la inducción al parto cuando el embarazo estaba avanzado con el consecuente sufrimiento de la mujer que se veía obligada a continuar en ese estado hasta que llegara el momento oportuno de “inducir al parto”.

En otros casos se negó la autorización del aborto a menores de edad violadas¹⁷⁵.

3.5. El tema de la constitucionalidad del aborto en el sistema europeo de derechos humanos

Mientras en la jurisprudencia de nuestro país se discutía la validez constitucional de los abortos permitidos, en la Corte Europea se trataban cuestiones similares, aunque con resultados y conclusiones diferentes.

Vale marcar que, en la Convención Europea de Derechos Humanos, la vida humana está protegida, aunque no de la misma manera que en la Convención Americana, ya que no se hace una referencia expresa a la protección desde el momento de la concepción.

La C.E.D.H. sostiene en su art. 2º: “El derecho de toda persona a la vida está protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de su vida intencionadamente [...]”.

Existen dos claras diferencias entre el texto de la convención europea y la americana. En primer lugar: en la europea no se hace referencia expresa a la protección *desde la concepción*. En la americana sí. Precisamente esto genera que la discusión sea mayor en nuestro caso en relación a la constitucionalidad o inconstitucionalidad del aborto y los supuestos permitidos por la ley. Sin embargo, en Europa también se discute si ese texto genérico obliga a penalizar los casos de aborto.

¹⁷⁵ Juzgado correccional de Bahía Blanca N.º 1, del 24/11/2003. En este caso se trataba de una menor de 14 años violada por su padre.



Por otra parte, el texto europeo parece referirse solo a la protección de la vida cuando su privación sea *intencionadamente*. Esto llevaría a otra diferencia con el texto americano: si la disposición genérica que tienen los textos convencionales obliga a los Estados parte a penalizar la destrucción de la vida humana (idea que no comparto) debe advertirse que en el caso de la convención europea solo se obligaría a penar los homicidios (no los abortos necesariamente), y solo en la forma de delitos *dolosos*. Los Estados Parte del sistema europeo no tendrían la obligación de penar las conductas que impliquen destrucción de la vida (abortos y homicidios culposos) en forma no intencional.

En el caso americano, la discusión sobre la penalización del aborto y su adecuación constitucional sería más difícil porque no se distingue conductas dolosas/culposas y porque además se menciona expresamente la protección de la vida *desde la concepción*.

Veamos una reseña de lo que en el sistema europeo de derechos humanos se interpretó en relación a nuestro tema.

En el caso “**Brüggemann vs. Alemania**” (12/7/77) la Comisión europea tuvo ocasión de expedirse sobre el tema. El caso llegó a tratamiento de la Comisión porque el recurrente argumentaba que Alemania violaba el art. 8° de la Convención¹⁷⁶ al no permitirse el aborto en un embarazo no deseado. La comisión consideró en este caso que el embarazo no concierne exclusivamente a la mujer embarazada, sino que también debe valorarse la vida del feto. Por ello denegó el recurso.

En el caso “**Paton vs. Reino Unido**” (13/5/80) la Comisión¹⁷⁷ sostuvo que el derecho a la vida del feto no es un derecho absoluto. Por ello rechazó el recurso interpuesto por el padre de la persona por nacer. La Comisión sostuvo que el derecho del feto colisiona con el derecho a la vida de la madre y por ello debe prevalecer este último.

En el caso “**Vo vs. Francia**” (8/7/04) la Corte europea resolvió un caso llevado por una mujer que sufrió la muerte del feto accidentalmente por parte del médico. La mujer invocaba que sería contrario a la Convención la legislación de Francia en tanto no preveía pena para los supuestos de abortos culposos. La Corte rechazó el recurso argumentando que, según el texto de la convención, solo se deben penalizar las acciones intencionales contra la vida. La Corte agregó que no debe expedirse respecto a cuándo

¹⁷⁶ El art. 8° de la Convención europea consagra el derecho al respeto de la vida privada y familiar.

¹⁷⁷ En estos dos primeros casos sólo se pronunció la Comisión. Los casos no llegaron a la Corte europea.



comienza la vida (si empieza con la fecundación o con la anidación)¹⁷⁸, sino que eso quedaba librado a la legislación de cada país.

En el caso **“Evans vs. Reino Unido”** (10/7/07) la Corte reafirmó el derecho de cada Estado parte a determinar el comienzo de la vida humana. En el caso, una mujer denunciaba al Reino Unido porque la ley permitía la destrucción —solicitada por el padre— de óvulos fecundados *in vitro*.

En resumen, de los casos mencionados de la Corte europea, se puede concluir que: en primer lugar, no ha definido cuándo comienza la vida (si es en el momento de la fecundación o de la anidación) sino que es un tema que deja a criterio de cada Estado. Por otra parte, tampoco estableció si el feto es persona y tiene derecho a la vida en los mismos términos que lo tiene una persona ya nacida. Finalmente, tampoco definió si existe un *derecho* al aborto o una *prohibición* del mismo, aunque reconoció que las legislaciones que tienen prevista la no punición del aborto (sea por el sistema de plazos o de las indicaciones) no contradicen la convención europea.

En sus decisiones, la Corte europea consideró como puntos importantes: la etapa del embarazo de la mujer, la protección de la salud o vida de la mujer, la edad de la madre, los motivos para no continuar el embarazo, la realidad social, entre otras cuestiones.¹⁷⁹

3.6. La influencia del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y los movimientos feministas como impulsores del derecho al aborto

En los últimos diez años, hubo un cambio importante en la materia, en cuanto a la interpretación y argumentación constitucional en relación al aborto. Un enorme protagonismo en ese cambio, han tenido los organismos de Derechos humanos y los movimientos defensores del feminismo jurídico en todo el continente.

De parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos llegaron pronunciamientos que, si bien no solucionan definitivamente el fondo de la cuestión, en gran medida implican un avance en el reconocimiento de los derechos de las mujeres y

¹⁷⁸ En relación a este punto, veremos una gran diferencia con la Corte Interamericana que en el caso “Artavia Murillo” se expresó sobre el punto tomando posición respecto a la interpretación del art. 4° de la C.A.D.H. Para la Corte americana la protección de la vida comienza con la anidación.

¹⁷⁹ Cfr. Díaz de Valdés, José Manuel, “Análisis crítico de la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos sobre el estatus del no nacido en la Convención Europea de Derechos Humanos”, en *Revista Actualidad Jurídica*, Universidad del Desarrollo, número 18, julio de 2008, p. 89.



un freno a la moral y religión que durante mucho tiempo pretendieron dominar la discusión¹⁸⁰.

En la causa “Artavia Murillo vs. Costa Rica”¹⁸¹ la Corte entendió que el art. 4° de la Convención Americana cuando se refiere a la protección de la vida desde la concepción, debe entenderse desde la anidación. De este modo se pondría fin a la discusión entre las teorías de la fecundación y la anidación. La destrucción de óvulos fecundados *in vitro* no entraría claramente en la protección del art. 4° de la Convención americana. Por otra parte, los reiterados reclamos y observaciones de los distintos *Comités de Tratados de Naciones Unidas* contra Argentina, pero también contra Perú y Brasil, implicaron un gran avance en la interpretación legal sobre el aborto a nivel del derecho internacional. Se comenzaron a tener en cuenta no solamente los derechos del feto (si es que los tratados lo reconocen igual que a la persona nacida) sino también los derechos de las mujeres embarazadas y las mujeres en general: su autodeterminación, su vida, su salud, su dignidad, los derechos reproductivos y la igualdad de género. Este sería el gran cambio en la cuestión vinculada al aborto y la constitución.

El gran avance en nuestro país llegó con un fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación: la causa “F.A.L.”¹⁸². En esta causa la Corte se pronuncia asegurando que del art. 4° de la C.A.D.H. no existe una obligación absoluta del Estado de penalizar los casos de aborto. Tampoco surge tal obligación del art. 75, inc. 23, de la C.N.¹⁸³ Ya fijar esa primera conclusión implicó un gran cambio en relación a los precedentes de la Corte en “Portal de Belén” y “T.S.”. Pero la Corte Suprema fue todavía más allá y refutó cada uno de los argumentos invocados por el Procurador General de Chubut que en representación de la persona por nacer había llevado el caso hasta la máxima instancia judicial nacional.

¹⁸⁰ Cfr. González Prado, Patricia, *Aborto y la autonomía sexual de las mujeres*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Ediciones Didot, 2018.

¹⁸¹ Sentencia del 28 de noviembre de 2012.

¹⁸² C.S.J.N., Causa “F.A.L. s/Medida autosatisfactiva”, del 13 de marzo de 2012. En el caso se discutía el permiso para realizar un aborto a una niña que había sido víctima de violación de parte de un familiar. En primera instancia se había concedido el permiso, pero ante los recursos de representantes de la persona por nacer, el caso llegó a decisión de la C.S.J.N.

¹⁸³ Con respecto a esta norma constitucional, muchas veces invocada también por parte de la doctrina y jurisprudencia nacional como un obstáculo para permitir algún caso de aborto, la Corte aclaró que esa competencia que surge del art. 75, inc. 23, se refiere al dictado de un marco normativo específico de seguridad social y no a uno punitivo. En el considerando 9° indican que la voluntad del constituyente no ha sido limitar de ningún modo el alcance del supuesto de aborto no punible previsto en el art. 86 del C.P.



La Corte agregó que tampoco el art. 6° del P.I.D.C.P. sería un obstáculo para permitir los abortos previstos en el art. 86 del C.P. (terapéutico, eugenésico y sentimental). Invocó en este punto, las observaciones del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas a esa fecha, que propiciaban precisamente la permisión de los abortos en casos de embarazos por violación¹⁸⁴. En el mismo sentido, se refirió a la Convención de los Derechos del Niño y las conclusiones del Comité de los Derechos del Niño que venían reclamando una interpretación del art. 86 más amplia. Finalmente, esas sugerencias se plasmarían en la reforma de la ley 27.610 que expresamente consagra el aborto sentimental como no punible.

La Corte, en general consideró que no solamente no es inconstitucional permitir el aborto en casos de mujeres (psíquicamente normales) sino que, además, de acuerdo a una gran cantidad de normas del bloque de constitucionalidad podría ser inconstitucional no permitirlo, e incluso no tener los mecanismos institucionales suficientemente ágiles para permitir en determinados casos la práctica de un aborto solicitado por la mujer embarazada, en el caso, producto de una violación.

Es así que la Corte consideró entre los derechos en juego: el principio de igualdad y prohibición de toda discriminación¹⁸⁵; el derecho de la víctima a obtener protección de parte del Estado¹⁸⁶; la dignidad de las personas que las consagra como un fin en sí mismo¹⁸⁷; el principio de legalidad estricta, *pro homine* y *ultima ratio* a los fines de interpretar las normas del código penal.

Además, la Corte aclara que no es necesaria la denuncia como requisito para proceder a la práctica, exhorta a los poderes a instaurar un protocolo de actuación que prevea el problema de objeción de conciencia, que suprima los dictámenes de comités y determina que no debe judicializarse el caso. Todas estas pautas que dio el máximo

¹⁸⁴ Considerando 12 del voto de la mayoría, Causa “F.A.L.”.

¹⁸⁵ Causa “F.A.L.”, considerando 15. El argumento de la Corte en relación al **principio de igualdad** (art. 16 de la C.N.) es que si se autoriza el aborto a una mujer idiota o demente víctima de violación, también debería permitirse a una mujer normal. Actualmente, los movimientos feministas acuden al principio de igualdad en sentido más amplio: como igualdad de género. Por naturaleza son las mujeres quienes pueden quedar embarazadas, no los hombres. Obligar a continuar un embarazo no deseado es una situación que solamente puede tocar en desgracia a las mujeres. Los hombres nunca se verían en esa situación conflictiva. Por ello, la negación del aborto voluntario implica también afectar el principio de igualdad de géneros.

¹⁸⁶ Considerando 15.

¹⁸⁷ Considerando 16. La mujer no podría ser considerada un medio para lograr una finalidad común: la vida del feto. Ella debe ser considerada un fin en sí mismo.



tribunal nacional pretendían barrer los obstáculos posibles para la realización del aborto legal, seguro y rápido en los casos autorizados por la ley (art. 86 del C.P.).

Por otra parte, el Estado argentino fue encontrado responsable internacionalmente por el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas por no garantizar el acceso efectivo al aborto no punible, en el caso “L.M.R. vs. Argentina” del 29/3/11.

Distintos organismos de monitoreo de instrumentos de Derechos Humanos de rango constitucional manifestaron su preocupación por las dificultades que existen en el país para obtener la interrupción del embarazo en los casos permitidos por la ley: el Comité de Derechos Humanos¹⁸⁸, el Comité sobre los Derechos del Niño¹⁸⁹, el Comité para la Eliminación de la discriminación contra la Mujer¹⁹⁰ y el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales¹⁹¹, entre otros¹⁹².

¹⁸⁸ Cfr. Organización de las Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, “Observaciones finales sobre el quinto informe periódico de la Argentina”, 10 agosto de 2016, pp. 2-3. Especialmente lo observado por el Comité de Derechos Humanos. Si bien la Corte Suprema ha dictado sentencia en el caso “F.A.L.”, en el punto 11 se indica que “[...] Al Comité le preocupa, sin embargo, que la aplicación de dicha decisión no es uniforme en el Estado parte y que el aborto legal resulte, muchas veces, inaccesible por la falta de instrumentación de protocolos médicos, del ejercicio individual de objeción de conciencia por parte de los trabajadores de la salud u otros obstáculos de facto. El Comité expresa su preocupación por el ‘caso de Belén’, en que se utilizó la figura del delito de homicidio agravado para una supuesta alegación de aborto ilegal y que la acusada esté todavía privada de libertad. El Comité también está preocupado por los altos índices de abortos clandestinos que han resultado en mortalidad materna, así como por los embarazos de adolescentes (arts. 3,6, 7 y 17)”. También, punto 12: “El Estado debe revisar el ‘Caso de Belén’, a la luz de los estándares internacionales en la materia, con miras a su inmediata liberación, y a la luz de este caso, **considerar la descriminalización del aborto**. Asimismo, el Estado parte debe multiplicar y asegurar la aplicación de programas de educación y sensibilización a nivel formal (escuelas y colegios públicos y privados) e informal (medios de comunicación y otros) sobre la importancia del uso de anticonceptivos y los derechos a la salud sexual y reproductiva”.

¹⁸⁹ Comité de los Derechos del Niño. *Observación general N° 20*, 2016, sobre la efectividad de los derechos del niño durante la adolescencia, especialmente párrafo 60.

¹⁹⁰ Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer de las Naciones Unidas. **Recomendación General N.º 35, Punto 18**: “Las violaciones de la salud y los derechos sexuales y reproductivos de la mujer, como la esterilización forzada, el aborto forzado, el embarazo forzado, la tipificación como delito del aborto, la denegación o la postergación del aborto sin riesgo y la atención posterior al aborto, la continuación forzada del embarazo y el abuso y el maltrato de las mujeres y las niñas que buscan información sobre salud, bienes y servicios sexuales y reproductivos, son formas de violencia por razón de género que, según las circunstancias, pueden constituir tortura o trato cruel, inhumano o degradante”. **Punto 29**: “El Comité recomienda que los Estados partes apliquen las siguientes medidas legislativas: [...] En particular, se recomienda derogar lo siguiente: [...] las disposiciones que penalicen el aborto”.

¹⁹¹ Ver *Observación general N.º 22*, 2016, de este Comité relativo al derecho a la salud sexual y reproductiva, en especial párr. 28, 34, 40, 45 y 57.

¹⁹² Ver más detalles en Ministerio Público de la Defensa de la Nación (Argentina), “Causas penales por aborto propio en Argentina”, disponible en [<https://bit.ly/3hZ8gym>].



De esta forma, la discusión sobre la constitucionalidad del aborto se abrió ampliamente al análisis de otros derechos (constitucionales) de la mujer que antes no se invocaban o no se reconocían.

3.7. Los derechos constitucionales invocados por el feminismo. La inconstitucionalidad de la punición del aborto

Como lo indica Bergallo¹⁹³, el feminismo llamó la atención sobre la necesidad de expandir los contextos considerados relevantes para la interpretación jurídica.

En todo caso de embarazo en que la mujer decida abortar, se encontrarán en juego por un lado el derecho de la persona por nacer, y por el otro, la vida y salud de la mujer, su derecho reproductivo, su dignidad, la igualdad de género. Todas estas argumentaciones fueron los avances logrados por el feminismo¹⁹⁴. En el caso que nos ocupa no solo debe evaluarse el derecho del niño por nacer, sino los derechos de la mujer. En primer lugar, los derechos reproductivos de la mujer deberían llevar a interpretar que los embriones no implantados no tienen protecciones absolutas. Las prestaciones dirigidas a evitar el embarazo, como la anticoncepción de emergencia o el dispositivo intrauterino deben ser conocidas y facilitadas en el estado como parte de los derechos de las mujeres de gozar de altos estándares en materia de salud, que influye la esfera sexual y reproductiva.

Los Estados deben poner a disposición de las mujeres la posibilidad de aborto en los casos que exista peligro para su vida o salud, cuando el embarazo resulta producto de violación o cuando existe inviabilidad extrauterina. Pero más allá de los supuestos ya permitidos por la ley argentina, ahora se debate la descriminalización (total) del aborto. A tal punto, que muchos consideran que es inconstitucional el sistema según el cual la regla es la punición del aborto. Esta argumentación parte de incorporar al caso el llamado Test de Ponderación. Las normas que penalizan el aborto solo serían válidas en los siguientes casos: (a) si persiguen un objetivo legítimo; (b) si son conducentes para

¹⁹³ Cfr. Bergallo, Paola, “Interpretando derechos: la otra legalización del aborto en América Latina”, en Lidia Casas, Lidia y Lawson, Delfina, *Debates y reflexiones en torno a la despenalización del aborto en Chile*, Santiago de Chile, Talleres Gráfica LOM, 2016, pp. 277-321, esp. p. 282.

¹⁹⁴ Cfr. González Prado, ob. cit., 259.



satisfacerlo, (c) si son proporcionales y (d) si son la alternativa menos lesiva a disposición de los Estados¹⁹⁵.

En relación al objetivo legítimo, en general la protección de la vida en gestación puede ser considerado tal. Aunque hay que aclarar que esa protección no equipara al embrión o feto con una persona nacida, ni los hace acreedores de los mismos derechos.

La Corte Interamericana ha señalado que la vida en gestación tiene un valor *incremental* según su grado de desarrollo. A partir de allí, se pueden establecer distintas formas de protección. Este valor incremental de la vida en formación es lo que lleva a proponer la legalización del aborto en las primeras semanas del embarazo.

Con relación al segundo punto (*medio conducente*) está claro que el sistema penal no resulta conducente para proteger la vida en gestación. Existen estadísticas que marcan 450.000 abortos por año en la Argentina. Este dato demuestra que el sistema punitivo no disuade a las personas a recurrir al aborto, aunque claramente provoca que muchos abortos se realicen en la clandestinidad y sin seguridad para la vida y salud de las mujeres, especialmente de bajos recursos. Es por ello que la vida y salud de las mujeres se invoca como un derecho constitucional en juego, y a partir de allí se aboga por la despenalización del aborto, al menos en las primeras semanas.

En relación al tercer punto (*proporcionalidad*), claramente la penalización lleva a que se afecten otros derechos de las mujeres: salud, vida, dignidad, igualdad.

Por último, el recurso penal tampoco es la *alternativa menos lesiva* para proteger la vida por nacer. Existen estadísticas que indican que en los países que se permite el aborto, tienen tasas más bajas de interrupción del embarazo. Esto indica que es posible conseguir una mejor protección de la vida en formación sin necesidad de penalizar. La educación sexual, cobertura amplia de anticonceptivos, modelos de consejería reproductiva, son alternativas menos lesivas y seguramente más efectivas que el sistema penal.

En conclusión: la penalización no supera el test de ponderación. Al decidirse por la penalización, el Estado no solo que no logra su objetivo, sino que afecta gravemente una cantidad de derechos fundamentales que le corresponden a las mujeres. Esos derechos

¹⁹⁵ Cfr. Ministerio Público de la Defensa de la Nación (Argentina), “Presentación de la DGN ante el Comité de DD. HH. de Naciones Unidas”, 8 de junio de 2015, disponible en [<https://bit.ly/3ASzqPT>].



tienen consagración en distintos tratados de rango constitucional. Es por ello, que se considera inconstitucional la punición del aborto¹⁹⁶.

3.8. La protección de la vida no implica obligación de penar

En relación al cuestionamiento de inconstitucionalidad del art. 86 del C.P. (abortos permitidos) consideramos que no es necesario realizar una ponderación de intereses. Es cierto que, en el bloque de constitucionalidad, a través de la Convención Americana (art. 4°) se protege la vida humana, incluso desde la concepción. Ahora bien, eso no significa que los Estados firmantes del tratado estén obligados a *utilizar la ley penal* para el cuidado o protección de la vida humana (desde la concepción). El compromiso argentino al adoptar la Convención Americana (en lo que se refiere al art. 4°) no implica necesariamente la obligación de utilizar la ley penal¹⁹⁷. Se puede proteger la vida humana de distintos modos, y, por cierto, mucho más efectivamente que a través del sistema penal. El Estado argentino está obligado a penalizar solamente en aquellos

¹⁹⁶ En este sentido, fue pionero el fallo de la **Suprema Corte de Canadá**, que en el año 1998 en la causa “Morgentaler” consideró que no se puede penalizar el aborto por el derecho a la salud psicológica de la mujer. Le reconoce a la mujer el derecho de decidir si continuar o no con el embarazo. Cfr. Gilbert, Daphne, “Una perspectiva canadiense sobre la autonomía reproductiva: el acceso como un derecho a la igualdad para las mujeres”, en Defensoría General de la Nación, *Discriminación y género. Las formas de la violencia*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Ministerio Público de la Defensa, 2000, pp. 197-203, esp. p. 197.

¹⁹⁷ Es la opinión de: Kemelmajer de Carlucci, Daniel Sabsay, Raúl E. Zaffaroni, Eduardo Jiménez, Alberto Dalla Vía. Todo según la encuesta doctrinal Gil Domínguez, Andrés, *Aborto voluntario, Vida Humana y Constitución*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Editorial Ediar, 2000, p. 255 y ss. En el mismo sentido, Nino, ob. cit., pág. 248. En la jurisprudencia, esta idea había sido sostenida por el **Tribunal Constitucional Español**, en la sentencia 53/85: “La Constitución española no impone la obligación de penalizar el aborto, y más aún, que no existe en el derecho español, ni en ordenamiento jurídico alguno, una absoluta y fatal correspondencia entre infracción jurídica y sanción penal. De ahí que afirmara la imposibilidad de inferir la necesidad de una norma penal, como única solución o alternativa legítima para la tutela de un bien jurídico”. En el voto particular de los ministros Ángel Latorre Segura y Manuel Diez de Velasco Vallejo (punto 4°, p. 37) se indicó que: “No creemos, en cambio, que esta protección tenga que revestir forma penal en todos los casos porque no impone tal tipo de protección ningún precepto constitucional”. También en el ámbito de la doctrina internacional, sosteniendo esta idea al referirse al fallo de la Corte Mexicana, Pou Francisca al sostener: “El punto de partida es que la mera existencia de un derecho fundamental no implica la obligación de la penalización de una conducta que lo afecte. Lo determinante para el juicio de constitucionalidad en este punto es, por el contrario, ver si la Constitución o los tratados imponen una obligación o una prohibición de penalización respecto a las cuestiones relevantes, si no es así, el legislador es libre para determinar cuándo debe entrar en juego el derecho penal y cuándo debe retirarse, con el solo límite de no poder criminalizar o despenalizar de forma discriminatoria”. Cfr. González Prado, Patricia, *Aborto y la autonomía sexual de las mujeres*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Ediciones Didot, 2018, p. 181.



casos en los que se haya comprometido expresamente a utilizar el sistema penal contra ciertas conductas humanas.

Esto ocurre, como hemos visto al analizar los demás tratados en el ámbito interamericano e internacional, en relación a las torturas, desaparición forzada de personas, delitos de corrupción, por dar algunos ejemplos.

Por distintos tratados, hemos asumido la obligación de *criminalizar* las conductas relacionadas con estos temas. En estos casos, expresamente se asume el compromiso de utilizar el sistema penal para tratar de evitar esas conductas. Pero eso no ocurre con el derecho a la vida, tal como surge de la protección del art. 4° de la C.A.D.H. En este caso no surge la obligación expresa de penalizar toda conducta que pueda afectar o interrumpir el desarrollo de la vida humana. A diferencia de la Convención de *Belem do Pará*, tampoco se enuncia una obligación genérica de utilizar el sistema penal, o modificar leyes penales. Lo único que dice la norma mencionada es que debe protegerse la vida humana desde la concepción. Pero ello se puede hacer de distintas maneras, no necesariamente con el derecho penal.

Quien pretenda que del art. 4° de la C.A.D.H. surge ya la obligación de penalizar el aborto para los Estados parte, tendría que explicar ¿por qué no surge esa misma obligación de penalizar las torturas del art. 7° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos? Si existen instrumentos específicos que obligan a penalizar las torturas, en forma independiente de ese pacto¹⁹⁸, es porque las disposiciones generales de ese tipo no implican la obligación específica de penalizar conductas en los Estados parte.

Lo mismo debe interpretarse en relación a otros temas: la trata de personas, la esclavitud, el genocidio. Todas estas conductas están prohibidas por los tratados e instrumentos que protegen bienes en general, pero se entiende que cuando se quiere obligar específicamente a los Estados a legislar en su derecho interno como conductas delictivas a ciertas acciones humanas, entonces es necesario que exista un tratado especial que obligue a penalizar conductas, o a extender la jurisdicción penal de los Estados parte, o para que el delito sea declarado imprescriptible, o para ampliar las formas de punición (tentativa, participación).

¹⁹⁸ Recordemos la Convención contra la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes del sistema universal, que obliga expresamente a los Estados parte a criminalizar conductas. También la Convención Interamericana contra la Tortura que obliga a los Estados parte a criminalizar. Si hubiera bastado con el art. 7° del P.I.D.C.P., ¿para qué se firman estos tratados?



Por este motivo, una ley que derogue el delito de aborto del código penal argentino no sería inconstitucional. El sistema actual (art. 86 del C.P.) que permite el aborto en determinados supuestos, o la reforma de la ley 27.610 tampoco es inconstitucional.

Podrá ser discutible desde una perspectiva de política criminal: es conveniente o inconveniente la despenalización. Pero no puede decirse que una reforma que derogue (total o parcialmente) el aborto sea inconstitucional, o que contradiga la convención. Creemos que esta es la posición correcta en cuanto a la posibilidad de derogar el aborto desde la óptica del bloque de constitucionalidad.

3.9. Conclusiones en relación a la Convención

La Convención Americana de Derechos Humanos, al igual que muchos otros instrumentos internacionales que protegen derechos, no impone la obligación a los Estados Parte de tipificar algún delito, por el contrario, solo establece disposiciones genéricas de protección de distintos derechos.

Los Estados parte deben tomar distintas medidas para la protección de esos derechos, incluso, a veces, el derecho penal. Pero de ninguna de sus disposiciones surge con claridad que el Estado argentino está obligado a penalizar las conductas de aborto u homicidios inclusive. La decisión en ese sentido será una decisión de política criminal.

3.10. La reforma de la ley 27.610 en materia de aborto

Durante la elaboración del presente trabajo se ha modificado el régimen penal en materia de aborto en el sistema argentino. El 30 de diciembre de 2020 se sancionó la ley 27.610 (llamada de interrupción voluntaria del embarazo) que fue promulgada el 15/01/21.

3.10.a. Los cambios en el código penal

Esta ley implica una reforma muy importante en el sistema del aborto previsto en el código penal de 1921. En primer lugar, descriminaliza los casos de interrupción



voluntaria del embarazo dentro de las 14 semanas de gestación. Esto significa que las conductas que antes eran consideradas aborto (dentro de este término) ya no se consideran delito.

El objetivo de la ley, según se explicó en la discusión parlamentaria y se dejó plasmado en los primeros artículos, es adecuar nuestra legislación interna a los requerimientos de instrumentos internacionales en la materia. Se trata de permitir el acceso al aborto en los sistemas de salud de manera segura para cualquier gestante que voluntariamente lo solicite, y de esa manera evitar un peligro para su vida o salud, como existe actualmente al decidir ese acto y practicarlo en forma clandestina, sin los mínimos requisitos de seguridad. Los cambios más importantes de la ley, en relación al sistema original del código penal son:

- Se considera atípico el aborto dentro de las primeras 14 semanas de embarazo.
- Se disminuye la escala penal para el caso del embarazo con consentimiento de la persona gestante, o provocado por ella misma: la pena que antes era de uno a cuatro años, ahora es de tres meses a un año.
- La ley se refiere a la *persona gestante* y ya no a la *mujer* que cause o consienta el aborto.
- Se agrega en el capítulo una nueva figura penal (art. 85 *bis*) para el funcionario o funcionaria que obstaculice u omita la práctica solicitada por la mujer.
- Se modifica el art. 86, agregándose como supuesto no delictivo (atípico) el caso de las primeras 14 semanas.
- Se modifica el art. 86, suprimiéndose la primera parte, que se refería a la responsabilidad penal especial de los profesionales de la salud.
- Se modifica el art. 86 suprimiéndose las referencias a la mujer idiota o demente víctima de violación. De este modo, queda fuera de discusión que el caso permitido es el del aborto sentimental, y ya no por motivos eugenésicos. También sobre este caso, se establece que no hace falta denuncia penal, sino solo una declaración jurada de la persona gestante.



- Se modifica el art. 86, en lo que se refiere al aborto terapéutico, al habilitarse el aborto cuando estuviera en riesgo la vida o salud integral de la persona gestante.
- Se utiliza en todos los artículos del capítulo, la expresión: “[...] el o la que [...]”, en reemplazo de la clásica expresión genérica: “[...] el que [...]”.
- Se considera la eximición de pena en algunos casos del aborto de la propia persona gestante, cuando la conducta fuere *excusable*.

3.10.b. ¿La reforma es contraria a lo dispuesto en la Convención Americana?

Ya se han formulado planteos de inconstitucionalidad de la ley considerando la contradicción con la Convención Americana de Derechos Humanos (art. 4°) con el argumento de que se contradice el derecho a la vida consagrado en ese artículo. Debemos analizar si esos planteos y fallos son correctos desde los argumentos señalados en el presente trabajo.

En primer lugar, debemos indicar que, como sostuvimos en el punto 8 y 9, la protección genérica del derecho a la vida que surge del art. 4° C.A.D.H. no implica la obligación de criminalizar una conducta que afecte la vida del feto. De ningún modo surge de ese artículo de la Convención (como sí surge de los otros instrumentos analizados en el presente trabajo) que el Estado argentino esté obligado a crear o mantener el delito de aborto. Ni siquiera consideramos que es necesario acudir a los argumentos de la ponderación de derechos invocados por los movimientos feministas.

El punto es más discutible si consideramos que la ley 27.610 no solo desincrimina (parcialmente) el aborto, sino que, además, obliga a los hospitales públicos y a sus funcionarios a disponer una organización de modo que siempre exista personal médico disponible para realizar una práctica abortiva a cualquier persona gestante que lo solicite dentro del término de las 14 semanas de embarazo. Como se puede advertir, la modificación no implica solamente quitar la protección penal para esos casos, sino promover que los agentes del Estado realicen la práctica abortiva, que algunos consideran prohibida por el art. 4° de la C.A.D.H. Por decirlo de otro modo, ya no se trata de quitar la sanción penal para las conductas de aborto, sino que se obliga desde la ley a que los organismos del Estado realicen ese tipo de prácticas bajo ciertos requisitos.



Creemos que este es el aspecto más difícil de la ley en relación a su constitucionalidad. Ahora bien, entendemos que es en este punto en el cual sí deben considerarse los argumentos señalados en los puntos 3.6 y 3.7. Deben considerarse aquí la vida y salud de la mujer, su derecho reproductivo, su dignidad, la igualdad de género. Necesariamente debe hacerse el test de ponderación, para resolver en relación a la constitucionalidad de la ley completa.

Es necesario destacar un aspecto muy importante: si la reforma legal solo hubiera descriminalizado parcialmente el aborto (dentro de las primeras 14 semanas) se hubiera dicho que no hay conflicto con la C.A.D.H. De ese modo, una persona gestante que decidiera practicarse un aborto, lo podría hacer si tiene los recursos económicos para acudir a una clínica privada. Su conducta en ese caso, sería atípica.

Ahora bien, suponiendo que sólo se haya descriminalizado (parcialmente) el aborto, sin que se agregue la obligación de los hospitales públicos de acompañar la práctica abortiva de la persona gestante que así lo solicite, ¿qué posibilidades tendría una persona de escasos recursos de realizarse la práctica abortiva si en el hospital público le dicen que no se lo van a hacer, por objeción de conciencia o por cualquier motivo? Claramente ninguna posibilidad. Es por eso que una reforma que descriminaliza el aborto, como lo hace la ley 27.610, necesariamente debe ir acompañada de disposiciones que aseguren la práctica gratuita para cualquier persona, incluso para aquella que no tiene recursos. De otro modo, la reforma legal hubiera significado una discriminación entre personas que tienen o no tienen recursos económicos. El derecho se hubiera negado a las personas de escasos recursos, y ello significa una discriminación y como tal, afectación a distintas normas constitucionales.

Por ello, entendemos que la descriminalización parcial del aborto no contradice normas convencionales, y que las disposiciones de la ley 27.610 que implementan medidas proactivas para facilitar el aborto (legal) a cualquier persona tampoco implican una contradicción con normas convencionales.



CAPÍTULO 4

CONCLUSIONES FINALES

4.1. Recapitulación

Como se ha podido ver a lo largo de este trabajo, el Estado argentino tiene obligaciones de crear y mantener los delitos ya creados en su derecho interno, en virtud de distintos instrumentos internacionales.

No todos los instrumentos internacionales tienen jerarquía constitucional, sin embargo, su incumplimiento generaría responsabilidad ante la comunidad internacional, e incluso las reformas que pretendan derogar figuras penales ya existentes en el sistema penal argentino, podrían considerarse inconstitucionales en virtud de la jerarquía normativa establecida en la constitución nacional: los tratados e instrumentos internacionales siempre tendrán jerarquía superior a las leyes (art. 75, inc. 22, de la C.N.).

En estas conclusiones presentaremos dos cuestiones fundamentales, vinculadas con los objetivos de la investigación:

- a.* Por una parte, analizando los tratados que vimos, trataremos de establecer los distintos criterios que se pueden extraer a fines de determinar en qué medida el Estado argentino está obligado a tipificar conductas. Veremos allí que no todos los tratados imponen esa obligación específica para los Estados parte, y que, además, los instrumentos que sí imponen esa obligación, lo hacen con distinta intensidad y exigencias.
- b.* Por otra parte, veremos cuáles son las obligaciones asumidas en esos tratados por el Estado argentino, y que no ha cumplido hasta el momento.

4.1.1. Las obligaciones asumidas por el Estado argentino en los tratados internacionales: distintos criterios

Como pudimos ver al analizar distintos instrumentos internacionales, no todos ellos obligan al Estado argentino a tipificar conductas en su derecho interno. Sólo algunos



lo hacen, y entre esos instrumentos, de la redacción de su normativa, se advierte una distinta intensidad, que puede resumirse en los seis grupos diferentes que a continuación referiremos.

4.1.1.a. Tratados que obligan a criminalizar conductas, describiendo el tipo penal

Por una parte, encontramos normas en los tratados que no solo obligan expresamente a los Estados parte a crear conductas delictivas en su legislación interna, sino que, además, le imponen a los Estados una determinada redacción de la norma. Es decir, que, en estos casos, el Estado parte está obligado a crear uno o varios delitos en su legislación interna, y, además, debe hacerlo utilizando el texto para definir la conducta delictiva, que ya viene impuesta en el mismo instrumento.

Podemos mencionar como ejemplos de esta modalidad de tratado a la *Convención Interamericana Sobre Desaparición Forzada de Personas*¹⁹⁹ y a la *Convención Interamericana Para Prevenir y Sancionar la Tortura*²⁰⁰.

A su vez, dentro de esta primera categoría, podemos distinguir también, algunos instrumentos que además de obligar a los Estados en la forma indicada (a tipificar delitos

¹⁹⁹ En este caso, la obligación general de tipificar el delito está en el art. I que dice: **Artículo I:** “Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a: (a). No practicar, no permitir, ni tolerar la desaparición forzada de personas, ni aun en estado de emergencia, excepción o suspensión de garantías individuales; (b) *Sancionar en el ámbito de su jurisdicción a los autores, cómplices y encubridores del delito de desaparición forzada de personas, así como la tentativa de comisión del mismo*; (c). Cooperar entre sí para contribuir a prevenir, sancionar y erradicar la desaparición forzada de personas; y (d). Tomar las medidas de carácter legislativo, administrativo, judicial o de cualquier otra índole necesarias para cumplir con los compromisos asumidos en la presente Convención” (la cursiva es nuestra). En cambio, en el artículo II se define la conducta de desaparición forzada de personas. **Artículo II:** “Para los efectos de la presente Convención, *se considera desaparición forzada* la privación de la libertad a una o más personas, cualquiera que fuere su forma, cometida por agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúen con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la falta de información o de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o de informar sobre el paradero de la persona, con lo cual se impide el ejercicio de los recursos legales y de las garantías procesales pertinentes” (la cursiva es nuestra).

²⁰⁰ En el **artículo 1°** de esta convención está prevista la obligación general de criminalizar. Art. 1°: “Los Estados Partes se obligan a prevenir y a sancionar la tortura en los términos de la presente Convención”. Luego, en el art. 2° se define lo que debe entenderse por tortura. Art. 2°: “Para los efectos de la presente Convención se entenderá por tortura todo acto realizado intencionalmente por el cual se inflijan a una persona penas o sufrimientos físicos o mentales, con fines de investigación criminal, como medio intimidatorio, como castigo personal, como medida preventiva, como pena, o con cualquier otro fin. Se entenderá también como tortura la aplicación sobre una persona de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o angustia psíquica.- No están comprendidos en el concepto de tortura las penas o sufrimientos físicos o mentales que sean únicamente consecuencia de medidas legales o inherentes a éstas, siempre que no incluyan la realización de los actos de aplicación de los métodos a que se refiere el presente artículo”.



y a hacerlo con un texto determinado) obligan a prever responsabilidad de las formas ampliadas de responsabilidad penal, ya que le imponen a los Estados parte la obligación de penar también las tentativas y distintas formas de participación criminal de estos delitos²⁰¹. En algunos casos, se obliga a imponer penas graves, declarar imprescriptibles o establecer plazos prolongados para la prescripción, e incluso a ampliar la jurisdicción de los Estados parte en estos delitos, en los casos cometidos por nacionales o contra nacionales fuera de su ámbito territorial. También encontramos tratados que obligan a criminalizar conductas previas en el *iter criminis* (asociaciones o confabulaciones para cometer esos delitos).

4.1.1.b. Tratados que obligan a criminalizar conductas, sin describir los tipos penales

En un segundo grupo de tratados, encontramos algunos que no imponen una redacción específica para el texto del o los delitos impuestos, pero que claramente obligan a los Estados parte a crear delitos en su legislación interna. No hay dudas de que imponen la obligación de criminalizar, utilizando distintas expresiones, pero todas ellas dirigidas claramente a obligar a los Estados a crear delitos.

De acuerdo al momento en que fueron firmados, estos tratados utilizaron distintas expresiones como, por ejemplo:

- “Constituirá delito en la legislación de los Estados Partes en la Convención”;
- “Declararán como acto punible conforme a la ley”;
- “Todo Estado Parte adoptará medidas para que, como mínimo, los actos y actividades que a continuación se enumeran queden íntegramente comprendidos en su legislación penal”;
- “Deberán tipificar”;
- “Deberán criminalizar”,
- “Las Partes en el presente Convenio se comprometen a castigar a toda persona que [...]”; o bien

²⁰¹ Las mismas convenciones mencionadas en las notas anteriores, también establecen disposiciones de este tipo.



- “Los Estados Partes adoptarán todas las medidas posibles para impedir ese reclutamiento y utilización, con inclusión de la adopción de las medidas legales necesarias para prohibir y castigar esas prácticas”²⁰².

Entendemos que, en todos estos casos, surge claramente la obligación de los Estados parte de criminalizar ciertas conductas. Con distintas expresiones, los tratados en estos casos señalan como obligatorio el acto de crear delitos para aquellos Estados parte que no lo tengan previsto en su legislación interna al momento de la aprobación del instrumento.

También en muchos de estos casos, al igual que en el grupo anterior, se establece la obligación de fijarles una pena adecuada a la gravedad, sancionar la tentativa y participación o extender la jurisdicción.

Lo que caracteriza a este segundo grupo —en comparación a los que veremos luego— es que claramente los Estados están obligados a crear delitos en su legislación interna, y —a diferencia del grupo anterior— no imponen un texto determinado para tipificar el o los delitos, sino que lo dejan a criterio de cada Estado.

4.1.1.c. Tratados que obligan a utilizar el sistema penal, pero sin definir delitos determinados

En un tercer grupo de casos, podemos identificar una serie de tratados que obligan a los Estados parte a utilizar o modificar el sistema penal para la protección de ciertos derechos que consagran, pero no obligan a los Estados a utilizar una redacción determinada para los delitos, y tampoco le indican que tienen que crear una figura delictiva determinada (o varias).

Simplemente utilizan fórmulas en las que se advierte la necesidad de recurrir al sistema penal, pero no se indica qué delitos tienen que prever o derogar.

²⁰² Es el texto que utiliza el *Protocolo facultativo de la Convención sobre los derechos del niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados*. Este texto puede ser considerado como el caso límite entre este y el cuarto grupo. Se puede observar que no se indica qué delitos se deben prever en la legislación interna de los Estados parte, tampoco se señala que deba utilizarse el derecho penal, o *criminalizar* o *tipificar*, como señalan los anteriores textos. Sin embargo, la referencia a *castigar* es lo que hace pensar que debe recurrirse al derecho penal, porque sólo él es compatible con esa idea de reacción estatal.



Es el caso, por ejemplo, de la *Convención Interamericana Para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer (Convención de Belem do Pará)*. En este caso se obliga a los Estados a **utilizar** el sistema penal (normas penales) que sean necesarias para erradicar la violencia contra la mujer, pero no se indica qué normas concretamente, o qué delitos en especial hay que legislar²⁰³.

También es el caso de la *Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer* que no impone un delito determinado, pero les obliga a los Estados a **derogar** todas las normas penales que tengan en su derecho interno y puedan implicar una forma de discriminación contra la mujer. Tampoco indica expresamente cuáles serían esas normas. Sin embargo, la referencia a la modificación del sistema penal es clara: deben derogarse ciertos delitos.

También podemos ubicar aquí a la *Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de Lesa Humanidad*, que obliga a los Estados parte a **declarar imprescriptibles** esos delitos, pero no les obliga a crearlos en su legislación interna.

Como podemos ver, en estos casos los tratados hacen una clara referencia al uso del sistema penal (leyes penales) pero sin indicar qué delitos deben tipificar o derogar. La similitud con los grupos anteriores es que expresamente se indica a las normas penales o sistema penal como obligatorio, la diferencia es que no se dice cuáles delitos concretamente deben tipificarse, y menos aún se indica el texto para describir los delitos.

A diferencia de los grupos que veremos después, en estos casos está claro que la ley penal es el instrumento que deben usar los Estados parte para la protección de los derechos que se pretende. En los que veremos luego, en cambio, no está claro que la obligación implique modificar su sistema penal o mantener delitos que ya tienen.

4.1.1.d. Tratados que obligan a los Estados a usar la legislación (general) pero sin hacer referencia a la legislación penal específicamente

En un cuarto grupo podemos encontrar una serie de instrumentos internacionales que protegen derechos y obligan a los Estados a modificar su legislación interna, para

²⁰³ Art. 7.c: “[...] incluir en su legislación interna normas penales, civiles y administrativas, así como las de otra naturaleza que sean necesarias para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer [...]”.



reforzar esa protección, pero sin obligar expresamente a los Estados parte a utilizar el derecho penal o criminalizar ciertas conductas o derogar otras. En estos casos simplemente se obliga a los Estados a utilizar distintas herramientas, incluso la legislación interna en otras ramas, pero sin hacer una referencia expresa a la legislación penal.

En estos casos, los Estados parte deberán modificar su legislación, pero no se habla de crear delitos ni de forma específica, ni de forma genérica. Por tanto, no existe una obligación de los Estados parte de utilizar la legislación penal. Esos derechos pueden ser protegidos con otras herramientas, incluso con la legislación no penal (civil, administrativa, etc.).

Como un ejemplo de estos instrumentos, podemos mencionar la *Convención sobre la prohibición de utilizar técnicas de modificación ambiental con fines militares u otros fines hostiles*²⁰⁴.

También se pueden mencionar como ejemplos de este grupo las disposiciones generales de protección de derechos que tienen algunos instrumentos que además (en otros artículos) también tienen normas que obligan claramente a penalizar. Es el caso de la *Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes*. En este instrumento en el art. 2^o²⁰⁵ se obliga a los Estados Parte a tomar medidas para impedir la tortura, y luego, en el art. 4^o²⁰⁶ se obliga expresamente a los Estados a crear delitos en su legislación interna. Si el tratado sólo tuviera el art. 2^o no estaría obligado a penalizar. Si se agregó el art. 4^o es porque, precisamente, se entendía que con el 2^o no era suficiente para generar la obligación de criminalizar.

²⁰⁴ Antes Ley 23.455, sanción: 29/10/1986, publicación: B.O. del 14/04/1987. Actualización: 31/03/2013. Art. IV: “Cada Estado Parte en la presente convención *se compromete a tomar las medidas que considere necesarias, de conformidad con sus procedimientos constitucionales, para prohibir y prevenir toda actividad contraria* a las disposiciones de la convención, en cualquier lugar situado bajo su jurisdicción o control” (la cursiva es nuestra). Como puede observarse, en este caso los Estados parte se comprometen a tomar medidas (que pueden ser incluso, legislativas) para prohibir y prevenir una actividad contraria a lo dispuesto en la convención, pero no se obligan los Estados expresamente a utilizar el derecho penal. La prohibición puede hacerse a través del derecho administrativo, por ejemplo, pero no necesariamente con el derecho penal.

²⁰⁵ “1. *Todo Estado Parte tomará medidas legislativas, administrativas, judiciales, o de otra índole eficaces para impedir los actos de tortura* en todo territorio que esté bajo su jurisdicción” (la cursiva es nuestra).

²⁰⁶ “1. *Todo Estado Parte velará para que todos los actos de tortura constituyan delitos conforme a su legislación penal*. Lo mismo se aplicará a toda tentativa de cometer tortura y a todo acto de cualquier persona que constituya complicidad o participación en la tortura.- 2. *Todo Estado Parte castigará esos delitos con penas adecuadas en las que se tenga en cuenta su gravedad*” (la cursiva es nuestra).



4.1.1.e. Normas de Tratados que sugieren (no imponen) ciertas figuras delictivas para la legislación interna de los Estados

En un quinto grupo de casos, vamos a encontrar un conjunto de tratados que contienen normas que mencionan delitos, e incluso sugieren textos para tipificarlos, pero no imponen a los Estados parte como una obligación, su previsión expresa en la legislación interna, sino que solo sugieren o indican que son convenientes para el mejor cumplimiento de los objetivos de los tratados o instrumentos.

Como ejemplo, encontramos en el art. XI de la *Convención Interamericana contra la Corrupción*, una serie de delitos *sugeridos* a los Estados Parte²⁰⁷.

Un caso especial que podemos incluir aquí es la *Convención Interamericana Contra el terrorismo*. En ésta se hace referencia a los delitos (remitiéndose a otros tratados e instrumentos) para la legislación interna de los Estados parte, pero, a diferencia de otras, no se obliga a los Estados a tipificar esas figuras, sino que se obliga a los Estados a *esforzarse* por tenerlos²⁰⁸.

4.1.1.f. Tratados que no obligan a criminalizar conductas, usar el derecho penal, ni a modificar la legislación en general

Finalmente, en un **sexto grupo** de casos, encontramos normas en los tratados que protegen un derecho de manera genérica, pero que de ningún modo obligan a los Estados parte a crear delitos para proteger ese derecho, o a mantener los delitos que ya existen en su legislación interna para esa supuesta protección. Tampoco obligan a los Estados parte a modificar su legislación extra-penal para la protección del derecho que pretenden proteger.

En estos casos, se trata de una protección genérica de un derecho o bien, y se obliga a los Estados parte a tomar las medidas que crean más apropiadas conducentes a la protección de esos bienes. En este ámbito, cada Estado tiene libertad para decidir de

²⁰⁷ El **art. XI** de la convención establece: “Desarrollo progresivo 1. A los fines de impulsar el desarrollo y la armonización de las legislaciones nacionales y la consecución de los objetivos de esta Convención, los Estados Partes estiman conveniente y se obligan a considerar la tipificación en sus legislaciones de las siguientes conductas [...]”.

²⁰⁸ Pareciera una obligación de medios y no una obligación de resultados.



qué forma protegerá ese bien. Podría ser utilizando su legislación (modificando leyes) e incluso, utilizando el derecho penal, pero está claro que no se obliga a los Estados parte a hacer algún tipo de modificación penal, o a mantener la legislación penal que ya tiene y se considere que pueda significar una protección para ese mismo bien.

Es el caso de la Convención Americana de Derechos Humanos en relación a su art. 4° y la posible despenalización (total o parcial) del aborto. El artículo consagra de manera genérica la protección de la vida desde la concepción, pero ello no implica necesariamente la utilización de la legislación, y menos del derecho penal en aras de protección de ese bien jurídico. Cada Estado decidirá qué medidas son más convenientes para la protección de ese bien, pero no está obligado a utilizar el derecho penal para esa supuesta protección.

4.1.2. El cumplimiento del Estado argentino de los distintos tratados

Por otra parte, de la investigación podemos extraer también consecuencias vinculadas al cumplimiento del Estado argentino de sus compromisos internacionales. Como hemos visto, no todas las obligaciones del Estado argentino se han cumplido, aunque la mayoría de ellas sí. Separamos en tres grupos los instrumentos para ver cuáles tienen normas sin cumplir en esta materia.

4.1.2.a. Tratados cumplidos totalmente

En un primer grupo, podemos reunir los tratados en los que el Estado argentino se ha obligado a criminalizar y ha cumplido con esas obligaciones de criminalizar conductas:

- El *Convenio Para la Represión del Apoderamiento Ilícito de Aeronaves*;
- El *Convenio para la Represión de Actos Ilícitos contra la Seguridad de la Aviación Civil*;
- El *Convenio para la Represión de Actos Ilícitos contra la Seguridad de la Navegación Marítima*;
- La *Convención sobre la Prevención y el Castigo de Delitos contra Personas Internacionalmente Protegidas, inclusive los Agentes Diplomáticos*;



- La *Convención Internacional Contra la toma de Rehenes*;
- El *Convenio Internacional para la Represión de los Atentados Terroristas Cometidos con Bombas*;
- El *Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo*;
- El *Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas especialmente Mujeres y Niños*, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional;
- El *Convenio para la Represión de la Trata de Personas y de la Explotación de la Prostitución Ajena*;
- El *Protocolo Contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire*;
- El *Acuerdo Contra el Tráfico Ilícito de Migrantes entre los Estados Partes del Mercosur, la República de Bolivia y la República de Chile*;
- La *Convención Suplementaria sobre la Abolición de la Esclavitud, la Trata de Esclavos y las Instituciones y Prácticas Análogas a la Esclavitud*;
- La *Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas*;
- La *Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas*;
- La *Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial*;
- La *Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer*;
- La *Convención Interamericana Para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer (Convención de Belem do Pará)*;
- La *Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas*.

En todos estos instrumentos señalados, Argentina ha cumplido con las obligaciones impuestas vinculadas al uso del derecho penal interno.



4.1.2.b. Tratados cumplidos en la creación de delitos, pero no en otros aspectos del sistema penal

A continuación, veremos en un segundo grupo, los tratados en los que el Estado argentino ha cumplido su obligación de crear delitos, pero que no cumplió en cuanto a ampliar su jurisdicción o declarar la imprescriptibilidad de los delitos allí expuestos. Estos instrumentos serían:

- En la *Convención Interamericana Contra la Fabricación y el Tráfico Ilícito de Armas de Fuego, Municiones, Explosivos y otros Materiales Relacionados* el Estado argentino cumplió con las obligaciones de tipificar delitos, pero no con la obligación de ampliar la jurisdicción por nacionalidad activa.
- En la *Convención Interamericana Para Prevenir y Sancionar la Tortura*, el Estado argentino ha cumplido con las obligaciones de criminalizar la conducta, pero no con la de ampliar su jurisdicción por el principio de nacionalidad.
- En la *Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes* el Estado argentino ha cumplido con las obligaciones de criminalizar, pero no con la de ampliar su jurisdicción por el principio de nacionalidad, y la referida a la declaración de imprescriptibilidad del delito.
- En la *Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad*, Argentina no cumplió con la obligación de legislar en su derecho interno la imprescriptibilidad de estos delitos.

En los casos de las cuatro convenciones de este grupo, se podría considerar que no es necesaria la modificación legal del derecho penal argentino, teniendo en cuenta que se trata de delitos de lesa humanidad, y por tanto deberían ser aplicables los principios del *Derecho Internacional consuetudinario*, según los cuales, son delitos imprescriptibles y se puede juzgar, aunque hayan sido cometidos fuera del territorio nacional. Sin embargo, deberían ser legislados dentro de nuestro derecho penal, así como lo prevén los últimos proyectos de modificación de código penal (2013 y 2018).



4.1.2.c. Tratados no cumplidos

Finalmente, veremos en un tercer grupo, los tratados que obligan al Estado argentino a crear delitos o utilizar el derecho penal, y en los que Argentina todavía no ha cumplido con esas obligaciones. Los casos son:

- En la *Convención Interamericana Contra la Corrupción*, el delito de cohecho pasivo (en la modalidad específica de *requerimiento* del funcionario) que es una figura obligada por la convención (art. VI.1) no está prevista en el código penal argentino. Tampoco el peculado de uso, aunque este es uno de los delitos *facultativos* para los Estados parte.
- En el *Protocolo para la Represión de Actos Ilícitos contra la Seguridad de las Plataformas Fijas Emplazadas en la Plataforma Continental*, el Estado argentino no ha cumplido con la obligación de penalizar conductas que surgen de su art. 2°.
- En el *Protocolo para la Represión de Actos Ilícitos de Violencia en los Aeropuertos que prestan Servicios a la Aviación Civil Internacional*, el Estado argentino no ha cumplido con sus obligaciones de penalizar conductas que surgen del art. II.
- En la *Convención sobre la Protección Física de los Materiales Nucleares*, Argentina no ha cumplido con las obligaciones de crear los delitos previstos en la enmienda.
- En la *Convención Internacional contra la Delincuencia Organizada Transnacional* Argentina cumplió con la obligación de tipificar la mayoría de los delitos. Sólo una pequeña parte de la conducta prevista en el art. 8.1.b de la convención no está prevista como delito en el código penal argentino: la *mera solicitud del funcionario* público (sin abuso del cargo) de un beneficio indebido para hacer o dejar de hacer algo relativo a sus funciones. Lo mismo habíamos señalado en relación a la *Convención Interamericana contra la Corrupción*
- En el *Protocolo Relativo a la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de los Niños en la Pornografía*, el Estado argentino no ha



cumplido con la obligación de tipificar los delitos del art. 3.1.a²⁰⁹, 3.1.b²¹⁰ y 3.4²¹¹ del protocolo.

- En el *Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la Participación de Niños en los Conflictos Armados*, el Estado argentino no ha cumplido con la obligación de tipificar el reclutamiento de niños.
- En la *Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio*, el Estado argentino no ha cumplido con la obligación de tipificar el delito de genocidio.

4.2. Los delitos obligados no previstos en el derecho interno

De acuerdo a lo reseñado en el punto anterior, veremos a continuación, en resumen, cuáles delitos son los que no están previstos en el sistema penal argentino, y deberían estarlo, según los instrumentos que analizamos:

- El delito de cohecho pasivo (en la modalidad específica de *requerimiento* del funcionario);
- Los actos de apoderamiento, de violencia, destrucción o daños en las plataformas fijas emplazadas en la plataforma continental;
- Los actos de violencia, destrucción o daños en aeropuertos;
- Los actos realizados en perjuicio de una instalación nuclear de acuerdo al art. 7° de la enmienda de Convención sobre la Protección Física de los Materiales Nucleares;
- La venta de niños y conductas similares del Protocolo Relativo a la Venta de Niños, así como la responsabilidad penal de las personas jurídicas en estos delitos;
- El reclutamiento de niños para fuerzas armadas.

²⁰⁹ Entendida como la simple *Venta de niños*, sin que se exija una finalidad específica, tal como lo interpretó la C.I.D.H. en causa “Fornerón vs. Argentina”.

²¹⁰ Sería la “oferta, posesión, adquisición o entrega de un niño con fines de prostitución, en el sentido en que se define en el artículo 2°”.

²¹¹ La responsabilidad penal de las personas jurídicas en este tema.



Universidad Nacional del Litoral
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Tesis de Maestría en Teoría Constitucional y Derechos Humanos
Director: Dr. Nelson Marciotti
Alumno: Gonzalo Javier Molina

Estos son los delitos que la legislación penal argentina debería prever, de acuerdo a las obligaciones asumidas ante la comunidad internacional a través de distintos instrumentos internacionales. Hasta el momento, son obligaciones pendientes y pueden generarle responsabilidad internacional.



BIBLIOGRAFÍA

- Ambos, Kai y Malarino, Exequiel (editores), *Persecución penal nacional de crímenes internacionales en América Latina y España*, Montevideo, Konrad Adenauer - Instituto Max Planck, 2003.
- Ambos, Kai y Malarino, Exequiel (editores), *Temas actuales del Derecho Penal Internacional. Contribuciones de América Latina, Alemania y España*, Montevideo, Konrad Adenauer, 2005.
- Ambos, Kai, *La parte general del Derecho Penal Internacional. Bases para una elaboración dogmática*, Montevideo, Temis, 2005.
- Ambos, Kai, *Nuevo Derecho Penal Internacional*, México D. F., Instituto Nacional de Ciencias penales, 2002.
- Argibay, Carmen María, “Algunos problemas actuales en el acceso a los derechos sexuales y reproductivos”, en Defensoría General de la Nación, *Discriminación y Género. Las formas de la violencia*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Ministerio Público de Defensa, 2000, p. 183 y ss.
- Bacigalupo, Enrique, *Hacia el nuevo derecho penal (Parte III: La dimensión supranacional del Derecho Penal)*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Hammurabi, 2006.
- Baigún, David y Zaffaroni, Eugenio Raúl (directores), *Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Editorial Hammurabi, 2011.



Barbitta, Mariana, *La reforma del art. 80 del Código Penal. La visualización normativa en materia penal de la violencia de género*, versión digital disponible en [<https://bit.ly/2TTvtta>], 2015.

Bergallo, Paola, “El acceso al aborto por la causal violación: pautas para la interpretación y aplicación de la normativa vigente en la Ciudad de Buenos Aires”, en Defensoría General de la Nación, *Violencia de Género. Estrategias de litigio para la defensa de los derechos de las mujeres*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Ministerio Público de la Defensa, 2012.

Bergallo, Paola, “Igualdad de género: experiencias y perspectivas para su exigibilidad judicial”, en Gargarella, Roberto (coordinador), *Teoría y Crítica del Derecho Constitucional*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2009.

Bergallo, Paola, “Interpretando derechos: la otra legalización del aborto en América Latina”, en Lidia Casas, Lidia y Lawson, Delfina, *Debates y reflexiones en torno a la despenalización del aborto en Chile*, Santiago de Chile, Talleres Gráfica LOM, 2016, pp. 277-321.

Bianchi, Alberto, *En contra del aborto*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 1999.

Bidart Campos, Germán, *Tratado elemental de Derecho Constitucional Argentino (Tomo III. El Derecho Internacional de los derechos humanos y la Reforma Constitucional de 1994)*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, editorial Ediar, 1995.

Bruzzone, Gustavo y Gullco, Hernán, *Teoría y Práctica del Delito de Enriquecimiento ilícito de Funcionario Público (Art. 268(2) C.P.)*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, editorial Ad-hoc, 2005.



Buompadre, Jorge, *Derecho penal. Parte especial*, Tomo 3, Corrientes, editorial Mave, 2003.

Cabal, Luisa; Roa, Mónica y Sepúlveda-Oliva, Lilian, “El litigio internacional en la promoción y el avance de los derechos reproductivos en América Latina”, en Cabal, Luisa y Motta, Cristina (compiladoras), *Más allá del Derecho. Justicia y género en América Latina*, Bogotá, Siglo de Hombre Editores - Universidad de los Andes, 2005, pp. 379-414.

Cavallo, Mercedes, “Aborto legal: una oportunidad histórica”, en *Letra: Derecho Penal*, año IV, número 6, pp. 5-7.

Cerda Acevedo, Carlos Alberto, “Características del Derecho Internacional Penal y su clasificación entre Crimen y simple delito”, *Working Paper* n.º 64, versión digital disponible en [<https://bit.ly/2TMy2gM>], Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Centro Argentino de Estudios Internacionales, 2007.

Conde Pérez, Elena, “La Convención sobre prevención y castigo de delitos contra personas internacionalmente protegidas. Incluidos los agentes diplomáticos (Nueva York, 1973): Análisis y perspectivas actuales de interpretación”, en *Foro, Nueva época*, número 13, 2011, disponible en [<https://bit.ly/3gL2DnQ>].

Costa, Malena, “El pensamiento jurídico feminista en América Latina”, en Costa, Malena, *Feminismos jurídicos*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Ediciones Didot, 2016, pp. 229-257.

Creus, Carlos, *Derecho Penal. Parte Especial*, Tomo 2, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Editorial Ediar, 1998.

Currie, David P., “Positive and Negative Constitutional Rights”, en *The University of Chicago Law Review*, Chicago, Universidad de Chicago, número 53, 1986, pp. 864-890.



Díaz de Valdés, José Manuel, “Análisis crítico de la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos sobre el estatus del no nacido en la Convención Europea de Derechos Humanos”, en *Revista Actualidad Jurídica*, Universidad del Desarrollo, número 18, julio de 2008.

Faerman, Romina, “Algunos debates constitucionales sobre el aborto”, en Gargarella, Roberto (coordinador), *Teoría y Crítica del Derecho Constitucional (Tomo II. Derechos)*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Editorial Abeledo-Perrot, 2009.

Fierro, Guillermo, *La Ley penal y el Derecho Internacional*, 2ª edición, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Editorial Tea, 1997.

Frister, Helmut, *Derecho Penal*, Parte General, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Editorial Hammurabi, 2016.

Gil Domínguez, Andrés, *Aborto voluntario, Vida Humana y Constitución*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Editorial Ediar, 2000.

Gilbert, Daphne, “Una perspectiva canadiense sobre la autonomía reproductiva: el acceso como un derecho a la igualdad para las mujeres”, en Defensoría General de la Nación, *Discriminación y género. Las formas de la violencia*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Ministerio Público de la Defensa, 2000, pp. 197-203.

González Napolitano, Silvina (coordinadora), *Lecciones de Derecho Internacional Público*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Editorial Erreius, 2015.

González Prado, Patricia, *Aborto y la autonomía sexual de las mujeres*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Ediciones Didot, 2018.



- Gutiérrez Posse, Hortensia, *Guía para el conocimiento de los elementos de Derecho Internacional público*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Editorial La Ley, 2004.
- Hopp, Cecilia Marcela, “Aborto: Adiós al Derecho Penal”, en *En Letra: Derecho Penal*, año IV, número 6, pp. 8-16.
- Hopp, Cecilia Marcela, “La penalización del aborto: un tipo penal injusto”, en *Lecciones y ensayos*, número 84, 2008, pp. 113-133, disponible en [<https://bit.ly/3wy389q>].
- Jaramillo, Isabel Cristina, “La crítica feminista al derecho”, en *Género y teoría del Derecho*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 1999, pp. 103-133.
- Jiménez de Asúa, Luis, “El aborto y su impunidad”, en *La Ley*, Tomo XXVI, p. 977 y ss., 1942.
- Jiménez de Asúa, Luis, *Tratado de Derecho Penal*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Editorial Losada S.A., 1950.
- Laborías, Alexis Rodrigo, “Implementación en la Argentina del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional”, en *Lecciones y Ensayos*, número 88, 2010, disponible en [<https://bit.ly/3eaHZfd>], pp. 43-81.
- Manfroni, Carlos, *La Convención Interamericana contra la corrupción*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2001.
- Marnich, Gabriel, “Análisis constitucional del artículo 268 (2) del código penal a la luz del caso ‘Alsogaray’”, en *Estudios sobre Jurisprudencia*, 2018, disponible en [<https://bit.ly/3e66muG>].



Ministerio Público de la Defensa de la Nación (Argentina), *Discriminación de Género en las decisiones judiciales. Justicia Penal y Violencia de Género*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2010, disponible en [<https://bit.ly/3yNEzam>].

Ministerio Público de la Defensa de la Nación (Argentina), *Discriminación y Género. Las formas de la violencia*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Defensoría General de la Nación, 2000.

Ministerio Público de la Defensa de la Nación (Argentina), *Femicidio y debida diligencia. Estándares internacionales y prácticas locales*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Defensoría General de la Nación, 2015, disponible en [<https://bit.ly/36w62RC>].

Ministerio Público de la Defensa de la Nación (Argentina), *Prevenir y sancionar la Tortura en Argentina a 200 años de su prohibición*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Defensoría General de la Nación, 2014, disponible en [<https://bit.ly/3wCJdpY>].

Molina, Gonzalo J., “El aborto terapéutico como causa de justificación especial”, en Molina, Gonzalo, J. (coordinador), *Derecho Penal y Estado de Derecho*, Editorial Librería de la Paz, Resistencia, 2005.

Molina, Gonzalo J., *Delitos contra las personas*, Resistencia, Editorial Contexto, 2017.

Molina, Gonzalo J., *Delitos de omisión impropia*, Santa Fe, Editorial Rubinzal-Culzoni, 2014.

Negro Alvarado, Dante Mauricio, “La Convención Interamericana contra el Terrorismo: algunas consideraciones para su implementación en las legislaciones internas de los Países”, en *Agenda Internacional*, volumen 10, número 19, 2003, pp. 221-244, disponible en [<https://bit.ly/2UG9tSZ>].



- Nino, Carlos Santiago, *Fundamentos de derecho Constitucional*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Editorial Astrea, 2000.
- Pichon, Jakob, “Does the Unborn Child Have a Right to Life? The Insufficient Answer of the European Court of Human Rights in the Judgment *Vo v. France*”, en *German Law Journal*, volumen 7, número 4, pp. 433-444.
- Pochak, Andrea, “La despenalización del aborto en la Argentina. Un paso hacia una sociedad más justa y equitativa”, en Centro de Estudios Legales y Sociales, *Derechos Humanos en Argentina. Informe 2011*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2011, disponible en [<https://bit.ly/3uG3Twh>].
- Rafecas, Daniel, *El crimen de tortura. En el Estado autoritario y en el Estado de derecho*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Editorial Didot, 2015.
- Rivera López, Eduardo, “El aborto y el derecho a la vida desde la concepción”, en *En Letra: Derecho Penal*, año IV, número 6, pp. 17-26.
- Romero, Mariana, “Denegación de derechos sexuales y reproductivos: barreras en el acceso a los servicios de salud”, en Defensoría General de la Nación, *Discriminación y Género. Las formas de la violencia*. Ministerio Público de la Defensa, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2000, p. 189 y ss.
- Ruiz, Miguel Alfonzo y Zúñiga Fajuri, Alejandra, “Derecho a la vida y constitución: Consecuencias de la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos *Artavia Murillo v. Costa Rica*”, en *Estudios constitucionales*, año 12, número 1, pp. 71-104.
- Sancinetti, Marcelo A. y Ferrante, Marcelo, *El delito de enriquecimiento ilícito de funcionario público —art. 268, 2, C.P.—. Un tipo penal violatorio del Estado de Derecho*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Editorial Ad-Hoc, 1994.



- Sancinetti, Marcelo A. y Ferrante, Marcelo, *El derecho penal en la protección de los derechos humanos*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Editorial Hammurabi, 1999.
- Soler, Sebastián, “El proyecto de código penal del Doctor Sebastián Soler y sus antecedentes”, en *Cuadernos de ciencia penal y criminología*, número 6, p. 74, Universidad Nacional del Litoral, 1964.
- Soler, Sebastián, *Derecho Penal argentino*, 4^a edición, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Editorial Tea, 1987.
- Tramontana, Enzamaría, “Hacia la consolidación de la perspectiva de género en el Sistema Interamericano: avances y desafíos a la luz de la reciente jurisprudencia de la Corte de San José”, en *Revista IIDH*, volumen 53, 2011, pp. 141-181.
- Travieso, Juan Antonio, *Derecho Internacional Público*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Editorial Abeledo-Perrot, 2012.
- Undurruga, Verónica, “La decisión sobre aborto de la Corte Europea de Derechos Humanos ‘A, B, and C v. Ireland’ y su importancia para el Sistema Interamericano”, en *Anuario de Derecho Público UDP*, número 1, 2011, pp. 377-407.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl; Alagia, Alejandro y Slokar, Alejandro, *Derecho Penal*, Parte General, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Editorial Ediar, 2000.
- Zuppi, Alberto, “La Convención Interamericana contra la corrupción”, en AA. VV., *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Editorial Del Puerto, 1997.



INFORMES DE ORGANISMOS CITADOS

Ministerio Público de la Defensa de la Nación (Argentina), “Aborto no punible: a casi un siglo de su regulación y a más de un año del fallo F.A.L.”, Declaración de la Defensora General de la Nación, disponible en [<https://bit.ly/3hymQ0T>].

Ministerio Público de la Defensa de la Nación (Argentina), “Causas penales por aborto propio en Argentina”, disponible en [<https://bit.ly/3hZ8gym>].

Ministerio Público de la Defensa de la Nación (Argentina), “Presentación de la DGN ante el Comité de DD. HH. de Naciones Unidas”, 8 de junio de 2015, disponible en [<https://bit.ly/3ASzqPT>].

Ministerio Público de la Defensa de la Nación (Argentina), “Recomendación general N° 35 sobre la violencia por razón de género contra la mujer”, disponible en [<https://bit.ly/2UBarjA>].

Organización de las Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, “Observaciones finales sobre el quinto informe periódico de la Argentina”, 10 agosto de 2016.

Organización de las Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, “Observación general núm. 36 sobre el artículo 6° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, relativo al derecho a la vida”, Proyecto aprobado en primera lectura en el 120 período de sesiones, 3 a 28 de julio de 2017.

Organización de las Naciones Unidas, Consejo Económico y Social, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, “Observaciones finales sobre el cuarto



Universidad Nacional del Litoral
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Tesis de Maestría en Teoría Constitucional y Derechos Humanos
Director: Dr. Nelson Marciotti
Alumno: Gonzalo Javier Molina

informe periódico de Argentina”, del 12 de octubre de 2018, disponible en [<https://bit.ly/3ea8PEf>].

Organización de los Estados Americanos, *Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, Resolución n.º 23/81, caso 2141, Estados Unidos de América, 6 de marzo de 1981.