

BREVE COMENTARIO SOBRE ALGUNOS DELITOS DEL FRUSTRADO CODIGO DEL SISTEMA PENAL DE BOLIVIA DE 2017.

Por: Jorge Eduardo Buompadre

El 15 de diciembre de 2017, el Parlamento boliviano sancionó la Ley No. 1005, a través de la cual se puso en vigor un nuevo ordenamiento penal para todo el territorio del Estado, denominado “Código del Sistema Penal”, con una *vacatio legis* de dieciocho meses desde su publicación en la Gaceta Oficial del Estado (No. 1021, de 20/12/17), legislación que dispuso, contemporáneamente, la abrogación del Digesto que en ese entonces estaba en vigencia (y que aún lo está), ordenado por la Ley No. 1768 de 1999. Sin embargo, sorpresivamente, el propio Gobierno que impulsó la reforma del sistema penal del país –por razones que no vienen al caso comentar-, tomó la decisión de promover su inmediata abrogación, medida que implicó, ciertamente, un retorno al viejo digesto de 1999, que es el que rige actualmente en el país. No obstante, nos pareció interesante analizar algunas figuras del malogrado proyecto y volcarlas en un breve comentario.

ABORTO

Las figuras relacionadas con el aborto se encuentran descriptas en el Código del Sistema Penal en el Título II –Delitos-, Capítulo IV –Contra la integridad física o psicológica y la libertad sexual-, Sección I –Contra la integridad física-, art. 157, cuyo texto establece:

(Aborto) I. *“La persona que cause el aborto a una mujer embarazada sin el expreso y libre consentimiento de ésta, o de su representante legal cuando ella esté impedida de manifestar su voluntad por cualquier causa, será sancionada con tres (3) a diez (10) años de prisión.*

II. *La sanción será agravada en un tercio cuando el aborto sea causado por el ejercicio de cualquier tipo de violencia contra la mujer.*

III. *Cuando a consecuencia del aborto practicado sin consentimiento se produzca la muerte de la mujer, se aplicará la sanción correspondiente al Femicidio.*

IV. *La mujer que voluntariamente interrumpa su embarazo fuera de los casos previstos en el párrafo V de este artículo, será sancionada con prisión de uno (1) a tres (3) años.*

V. *No constituirá infracción penal, cuando la interrupción voluntaria del embarazo sea solicitada por la mujer y concurran cualquiera de las siguientes circunstancias:*

1. *Se realice durante las primeras ocho (8) semanas de gestación y:*

- a) *Tenga a su cargo personas adultas mayores, con discapacidad u otros menores consanguíneos o no; o*
- b) *Sea estudiante;*

2. *Tampoco constituirá infracción penal cuando:*

- a) *Se realice para prevenir un riesgo presente o futuro para la vida de la mujer embarazada;*
- b) *Se realice para prevenir un riesgo presente o futuro para la salud integral de la mujer embarazada;*
- c) *Se detecten malformaciones fetales incompatibles con la vida;*
- d) *Sea consecuencia de reproducción asistida no consentida por la mujer;*
- e) *El embarazo sea consecuencia de violación o incesto; o*
- f) *La embarazada sea niña o adolescente.*

VI. *El sistema nacional de salud, de manera gratuita, deberá precautelar la libre decisión, la salud y la vida de la niña, adolescente o mujer, y no podrá negar la interrupción del embarazo ni su atención integral en los casos previstos en el parágrafo precedente alegando objeción de conciencia y estará obligado a mantener el secreto profesional. El rechazo o negativa a realizar la intervención médica para la interrupción voluntaria del embarazo por objeción de conciencia, es una decisión siempre individual del personal médico o sanitario directamente implicado en la realización del acto médico, que debe manifestarse anticipadamente por escrito. Lo dispuesto en el presente parágrafo, no es aplicable en los casos graves o urgentes en los cuales la intervención es indispensable.*

Cada servicio de salud público deberá garantizar que la atención sea efectivamente brindada por otro profesional de la salud no objetor.

VII. *El único requisito para la interrupción del embarazo en los casos señalados en el parágrafo V, será el llenado de un formulario de constancia del consentimiento informado de la mujer y el señalamiento de la causal y circunstancias de su decisión, sin necesidad de otro trámite, requisito o procedimiento de ninguna naturaleza”.*

La novedosa regulación penal que prescribe este Código, parte de un principio general indiscutible: el aborto es delito (la falta de consentimiento implica un obstáculo insalvable que impide la licitud de la conducta). Sin embargo, contempla una serie de excepciones que –como veremos más adelante- conducen a su impunidad por atipicidad.

A diferencia del texto en vigencia ¹, el Código del Sistema Penal se separa de toda caracterización del aborto, dejando librado el concepto a la ciencia

¹ Los delitos de aborto se encuentran tipificados en los artículos 263 a 269 del Cód. penal en vigor, dentro del Capítulo II –Aborto-, correspondiente al Título VIII –Delitos contra la vida, la integridad y la dignidad del ser humano-, ubicación sistemática que, desde un comienzo, pone de relieve la preponderancia del bien jurídico “vida humana” sobre cualquier otro interés que también pudiera considerarse significativo en el ámbito de estos delitos. La figura básica está prevista en el artículo 263, cuyo texto dice: “*El que causare la muerte de un feto en el seno materno o provocare su expulsión prematura, será sancionado:*

- 1) *Con privación de libertad de dos (2) a seis (6) años, si el aborto fuere practicado sin el consentimiento de la mujer o si ésta fuera menor de diez y seis (16) años.*
- 2) *Con privación de libertad de uno (1) a tres (3) años, si fuere practicado con el consentimiento de la mujer.*
- 3) *Con reclusión de uno (1) a tres (3) años, a la mujer que hubiere prestado su consentimiento.*
- 4) *La tentativa de la mujer, no es punible”.*

El código penal boliviano, a diferencia de otros ordenamientos –como por ej. los códigos penales de Perú, arts. 114/120; Ecuador, arts. 147/150; Paraguay, arts. 349/353; Panamá, arts. 141/144, Brasil, arts. 124/128; Argentina, arts. 85/88; etc.-, nos suministra un concepto de aborto en el primer párrafo del art. 263, diciendo que es la *muerte de un feto, dentro del seno materno o por su expulsión prematura* y, a partir de allí, utiliza la expresión “aborto” en el resto del capítulo. No obstante que el término aborto posee una significación específica en el ámbito científico, el digesto aporta una breve referencia conceptual sobre el delito. El texto del artículo hace una referencia explícita a la conducta típica y al objeto de protección (feto), lo que nos permite afirmar que para el digesto penal boliviano, el aborto consiste, simplemente, en causar la *muerte de un feto*, lo cual importa una definición reduccionista del fenómeno pues, parecería que deja fuera de su radio de acción –aun cuando no existe un absoluto consenso científico sobre el estatuto biológico de la vida humana dependiente- las maniobras que produjeren la eliminación del pre-embrión y del embrión, cuestiones que se vinculan muy estrechamente no sólo con el discutido problema acerca del comienzo de la vida sino también con los límites de la intervención penal en las diferentes etapas de la vida humana.

El código penal –por lo que se puede deducir del texto del artículo 263- no protege la vida humana del sujeto no nacido desde el momento de la fecundación sino sólo a partir de los catorce días de la gestación, momento a partir del cual el producto de la concepción –embrión, (ovocito fecundado e instalado en el útero de la mujer hasta que

va adquiriendo figura humana) anida –se implanta- en el útero materno y se convierte en “feto” (ser humano entre las doce y veintidós semanas de gestación), continuando el proceso de desarrollo hasta el momento del nacimiento (REQUEJO CONDE C., Protección penal de la vida humana. Especial consideración de la eutanasia neonatal, Editorial Comares, Granada, pag.8).

El proceso biológico evolutivo del producto de la gestación, nos permite sostener la idea de que el aborto puede ser definido como la *interrupción del proceso fisiológico de la gravidez, con la consecuente muerte del feto, ocurrida con posterioridad a la anidación del óvulo* (BUOMPADRE J. E., Tratado de Derecho penal, T.I, Astrea, Buenos Aires, 2009, pag. 192; *ibidem* en Manual de Derecho penal, Astrea, 2da. reimpresión, Buenos Aires, 2015, pag.72)

El objeto material sobre el que recae la acción típica en el delito de aborto es, como señala Romeo Casabona, el embrión o el feto humano vivos implantados en el útero de la mujer (ROMEO CASABONA C.M., Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética, Editorial Comares, Granada, pag. 155). De manera que, la fase correspondiente al pre-embrión (huevo fecundado hasta su implantación al útero de la mujer catorce días después) carece de protección penal. Por lo tanto, el delito de aborto sólo es posible a partir del momento en que el producto de la fecundación se anida en el útero materno (catorce días después de la fecundación), quedando impunes, en consecuencia, todas las maniobras realizadas con anterioridad a este momento. Ahora bien, si sostenemos que el desarrollo embriológico tiene tres fases distintas, que se diferencian científicamente entre ellas –como por ejemplo entiende Higuera Guimerá- (embrión pre-implantatorio o preembrión, embrión y feto), entonces la conclusión tendría que ser otra: el art. 263 sólo abarcaría la tercera y última etapa del desarrollo embrionario, la etapa fetal, que es la fase más desarrollada del proceso de la gestación (HIGUERA GUIMERÁ, J.F., El derecho penal y la genética, Editorial Trivium, Madrid, pag. 195 y ss). Sin embargo, al tiempo de propiciar la solución de un sistema de indicaciones para proteger penalmente al preembrión (op.cit., pag. 114), por cuanto es vida humana, y la vida humana es una realidad biológica que comienza con la fecundación, este mismo autor enfatiza que a los efectos penales debe partirse desde el momento en que el óvulo fecundado anida en el útero de la mujer, o lo que es lo mismo, desde que se convierte en embrión. Por lo tanto, concluye, en el delito de aborto se protege al embrión o embrión posimplantatorio y al feto, no al preembrión o embrión preimplantatorio (op.cit., pag. 198), que es la solución, desde nuestro punto de vista, más acorde con el texto del art. 263.

La vida humana se nutre de una evolución natural que transcurre en determinadas etapas, en un continuo cuyo comienzo y fin han sido objeto de una discusión científica que, por los avances que se han producido en los últimos años en los campos de la tecnología, la biología y la genética, aún dista mucho de finalizar.

Si hemos de fijar una postura respecto del bien jurídico protegido en el delito de aborto, ella habrá de inclinarse, ciertamente, porque este bien jurídico no es otro que la vida humana misma, como sustrato físico-biológico, cuyo concepto no puede ser suministrado por el Derecho. El legislador no puede decidir qué es vida humana y que no lo es. Tal determinación corresponde a otras disciplinas científicas. El legislador lo que puede hacer es sólo decidir el cuándo y el cómo habrá de prestar tutela normativa a esa realidad biológica que otra ciencia denomina vida humana.

El que la vida humana es el bien jurídico protegido en los delitos de aborto se desprende, no sólo –como antes se dijo- de la propia rúbrica del Título que nos habla de los delitos “contra la vida del ser humano”, sino también del art. 4.1. de la Convención

Americana sobre Derechos Humanos, cuyo texto expresamente consagra el derecho a la vida de todas las personas, en general, a partir del momento de la concepción.

En la actualidad existe prácticamente unanimidad doctrinal en torno a que la vida humana tiene comienzo en el preciso momento en que se produce la fecundación del huevo o cigoto, resultante de la fusión del óvulo y del espermatozoide, momento en el que queda reunida toda la información genética correspondiente al individuo de la raza humana.

En el ámbito latinoamericano, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso “Artavia Murillo y otros (“fecundación in vitro”) vs. Costa Rica (sen. de 28/11/2012), ha interpretado el término “concepción” que se observa en el art.4.1 de la Convención Americana, en cuanto establece que “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 la vida arbitrariamente”, con las siguientes consideraciones: “...la prueba científica concuerda en diferenciar dos momentos complementarios y esenciales en el desarrollo embrionario: la fecundación y la implantación. El Tribunal observa que sólo al cumplirse el segundo momento se cierra el ciclo que permite entender que existe la concepción...El Tribunal constata que, si bien al ser fecundado el óvulo se da paso a una célula diferente y con la información genética suficiente para el posible desarrollo de un ser humano, lo cierto es que si dicho embrión no se implanta en el cuerpo de la mujer sus posibilidades de desarrollo son nulas. Si un embrión nunca lograra implantarse en el útero, no podría desarrollarse pues no recibiría los nutrientes necesarios, ni estaría en un ambiente adecuado para su desarrollo...el término “concepción” no puede ser comprendido como un momento o proceso excluyente del cuerpo de la mujer, dado que un embrión no tiene ninguna posibilidad de supervivencia si la implantación no sucede. Prueba de ello es que sólo es posible establecer si se ha producido o no un embarazo una vez que se ha implantado el óvulo fecundado en el útero...antes de ello es imposible determinar si en el interior del cuerpo ocurrió la unión entre el óvulo y un espermatozoide y si esta unión se perdió antes de la implantación”.

Esta interpretación del órgano supranacional es obligatoria para los Estados firmantes de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, entre los que cuenta ciertamente, Bolivia. Por lo tanto, los poderes públicos –no sólo el judicial- deben ajustar sus postulados y decisiones a la señalada jurisprudencia de la Corte IDH, so pena de contraer responsabilidades internacionales.

En este sentido, la Suprema Corte de Justicia de la Nación Argentina, en el caso “Mazeo” (Fallos 330:3248) ha expresado que “la interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos debe guiarse por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)” lo cual importa “una insoslayable pauta de interpretación para los poderes constituidos argentinos en el ámbito de su competencia y, en consecuencia, también para la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a los efectos de resguardar las obligaciones asumidas por el Estado Argentino en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos” (considerando 20º). Esta pauta de interpretación no lo es sólo para resolver conflictos judiciales, sino también como una manda para otros poderes del estado como lo es el Legislativo, el encargado de dictar leyes infraconstitucionales para que estén a tono con el llamado “bloque de la constitucionalidad federal” (Sin embargo, se dijo otra cosa – a nuestro juicio erróneamente- en el caso “Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/Informe sentencia dictada en Fontevicchia y D’amico vs. Argentina por la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, CSJ-368, 14/2/2107).

Vale decir, que para la CIDH el término “concepción” debe ser interpretado como “anidación”, esto es, como el momento en que el embrión se fija en el útero materno, aproximadamente entre los siete y catorce días de desarrollo desde producida la fecundación (FIGARI R. y PARMA C., *El homicidio y aborto en la legislación peruana*, Motivensa Editora Jurídica, Lima, 2010, pag. 25), momento en el que comienza la protección penal de la vida humana, tesis que ya propusiéramos con suficiente antelación al dictado de la sentencia del tribunal internacional antes citada (BUOMPADRE J. E., *Tratado de Derecho penal*, t.1, Astrea, Buenos Aires, 2009, pag. 192 y ss; LAURENZO COPELLO P., *El aborto no punible*, Bosch, Barcelona, pag. 82).

En Argentina, el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación (Ley 26.994/2014) ha seguido la jurisprudencia de la CIDH, al establecer en el artículo 19 que “*La existencia de la persona humana comienza con la concepción*”, texto sobre el cual los redactores del proyecto han expresado que “El Código define el momento desde el cual se considera que se es persona humana. El Código señala que el comienzo de la existencia de la persona humana acontece desde la concepción. Si bien no aclara qué se entiende por concepción en esta disposición, sí se lo hace desde un análisis integral y sistémico del texto civil, y se reafirma en otras legislaciones como la ley 26.862, que regula la cobertura médica en técnicas de reproducción humana asistida (conocida también por sus siglas TRHA), su decreto reglamentario 956/2013 y, en especial, lo decidido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica”, del 28 de noviembre de 2012, cuya jurisprudencia es obligatoria para la Argentina, so pena de incurrirse en responsabilidad internacional (conf. CSJN, caso “Mazzeo”, Fallos: 330:3248, entre otros). Por su parte, la disposición transitoria segunda establece que una ley especial deberá regular la protección del embrión no implantado, por lo cual, la naturaleza, límites y grado de protección que se le otorga al embrión no implantado o in Vitro será materia de una normativa especial, no siendo objeto de regulación en el Código, que sí se dedica a las personas y a las cosas, entre otras cuestiones... Se reconoce al *nasciturus* o persona por nacer como sujeto de derecho y, por ende, protegido por el Código, siendo pasible de adquirir derechos y obligaciones, colocándose el eje en la noción de concepción, término que ha sido entendido por la doctrina como sinónimo de anidación...” (HERRERA M., *Código civil y comercial de la Nación*, T.I, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fé, 2015, pags. 87 y ss; con igual opinión, CLUSELLAS E. G., *Código civil y comercial, comentado, anotado y concordado*, T.1, Editorial Astres, Buenos Aires, 2015, pag. 81).

Hechas las aclaraciones que anteceden y fijado el momento en que se produce la fecundación del óvulo femenino con el espermatozoide masculino como el comienzo de la vida humana, resta determinar si también a partir de ese momento debe intervenir el derecho penal en la protección de esa tal vida humana o si, por el contrario, la protección penal del *nasciturus* o vida prenatal debe realizarse en un momento posterior.

Previo a todo, importa aclarar que al derecho penal no le interesa especular en torno al concepto de “persona”, el cual puede variar según cuál sea la concepción ideológica que se sustente. La persona es una creación del derecho. Se es persona porque así lo establece el orden jurídico; es, entonces, un concepto normativo, no naturalístico. Inclusive, aun cuando el derecho civil determine cuando un ser humano es persona, el derecho penal puede o no prestar tutela normativa a esa tal categoría. Lo que importa para el derecho penal es dilucidar si debe o no acordar protección a la vida humana – que puede o no ser persona, según el grado de su evolución biológica y el orden jurídico de que se trate-, durante su total desarrollo vital, o si debe hacerlo únicamente en alguna de las fases o etapas de ese desarrollo. De aquí que, si bien se deben emplear criterios

respectiva. Es por tal circunstancia que podemos seguir definiendo al aborto como la “*interrupción del proceso fisiológico de la gravidez, con la consecuente muerte del feto, ocurrida con posterioridad a la anidación del óvulo*”².

Con arreglo a la nueva disposición, el aborto es punible en la medida que concurren los siguientes requisitos:

- a) El *ausencia del consentimiento* de la mujer embarazada, con capacidad para prestarlo y a través de una manifestación libre y espontánea, sin la concurrencia de error, dolo o violencia; o bien la ausencia del consentimiento de su representante legal cuando la mujer esté impedida de prestarlo por cualquier causa (por ej. inconsciencia, minoridad, incapacidad mental, etc.).
- b) La *muerte del feto*, consecuencia necesaria para perfeccionar el delito, por cuanto la vida humana – no obstante el error metodológico y sistemático de ubicar la infracción entre los delitos que atentan contra la integridad física de la persona y no entre aquéllos que lesionan la vida humana- continúa siendo la vida del feto.

naturalísticos para determinar el comienzo de la vida humana, no se puede prescindir de criterios normativos o valorativos a la hora de ponderar el nivel de intensidad de la protección penal de la vida humana, independientemente de la cualidad de persona que el orden jurídico pueda acordar al individuo de la raza humana en determinado momento de su desarrollo.

Un ejemplo muy claro de lo que se viene exponiendo lo encontramos en el propio Código Civil boliviano, en el que se establece que la personalidad tiene comienzo con el nacimiento del ser humano (art. 1) y no desde otro momento anterior como, según hemos visto, por el contrario se establece en el Código civil y comercial de Argentina, circunstancia que pone de manifiesto y nos permite sostener la tesis de que, para el derecho penal, ninguna relevancia tiene establecer previamente la condición de persona para la protección penal de la vida humana.

El Código penal boliviano protege la vida humana en sus distintas etapas de desarrollo con diferente intensidad, mayor o menor según que el individuo haya o no nacido, con independencia de la condición de persona de esa vida. Se trata de una protección a la vida biológica, no a la vida normativa que pueda determinar el orden jurídico de que se trate. Si así no se entendiera esta problemática, deberían quedar sin protección penal todas las fases del desarrollo biológico del ser humano anteriores al nacimiento, por cuanto es recién desde este momento en que el individuo adquiere la personalidad que le posibilita ser titular de derechos, entre otros, del derecho a la vida. Al derecho penal corresponderá determinar si la vida prenatal (en sus distintas etapas) es o no un bien jurídico necesitado y merecedor de protección, con independencia de si dicha vida reúne o no la condición de persona.

² Véase, Buompadre Jorge Eduardo, Tratado de Derecho penal, parte especial, pags. ... y sig., Editorial Astrea,

El texto del primer párrafo del artículo 157 no es satisfactorio, en primer lugar porque hace, innecesariamente, referencia a una “persona”, esto es, a una “persona humana” como sujeto activo del delito cuando, es sabido que, por principio general, el autor en un delito doloso de acción es siempre una persona humana, elemento de la autoría cuya caracterización en el tenor de la norma es reiterativo, habida cuenta que sólo podría ser punible una acción humana. Hubiera bastado con emplear la expresión genérica “El que...”, o “El aborto...”, etc.; en segundo lugar, tampoco era necesario aclarar en el literal del precepto que se trata del aborto de una “mujer embarazada”, puesto que el embarazo –además de ser propio de un sujeto femenino, al menos hasta el estado actual de la ciencia-, es una condición forzosa y presupuesto esencial del aborto. Sin la existencia de una mujer embarazada es imposible causar un aborto.

El primer párrafo del artículo 157 regula el aborto común o simple (equivalente a la figura prevista en el artículo 263 del digesto en vigencia), mientras que en los párrafos II y III están contempladas circunstancias agravantes.

La sanción (prevista en el primer párrafo) se agrava en un tercio *cuando el aborto sea causado por el ejercicio de cualquier tipo de violencia contra la mujer*.

Nos preguntamos ¿era necesaria esta regulación?, pues da toda la sensación de que viola el principio *non bis in ídem*, pues la violencia en la práctica del aborto está ínsita en la modalidad prevista en el primer párrafo de la disposición, pues toda forma de aborto sin consentimiento de la mujer implica el empleo de una forma de violencia. Por lo tanto, tal elemento no puede estar integrando, al mismo tiempo, una circunstancia agravante. Salvo que la intención del legislador haya sido introducir una agravante relacionada con la violencia de género, pero el texto de la ley no tiene ninguna referencia a esta clase de violencia, pues, como sabemos, no todo ejercicio de violencia contra una mujer implica, por ése sólo hecho, violencia de género.

El párrafo III contempla una figura de naturaleza preterintencional, razón por la cual no parece compatible con el principio de proporcionalidad de las penas la “sanción correspondiente al feminicidio” (art. 85, treinta años sin derecho a indulto y reparación económica)

En efecto, el caso *del aborto practicado sin consentimiento de la mujer con resultado muerte*, es un caso de aborto (violento) doloso previsto en el primer párrafo del artículo del cual deriva un resultado previsible pero no querido (la muerte de la mujer). Si bien es verdad que la grave sanción

prevista en la disposición penal se podría justificar en la ausencia de consentimiento de la mujer, no lo es menos que el resultado implica una consecuencia no deseada por el agente. Se trata, por consiguiente, de un aborto preterintencional o calificado por el resultado, que ostenta una base dolosa y una consecuencia culposa., Por lo tanto, la pena prevista para esta infracción es violatoria del principio de proporcionalidad.

El párrafo IV –aun cuando no lo expresa con claridad- contempla una situación especial de aborto causado por la propia mujer o por un tercero, que acarrea una pena menor (uno a tres años de prisión) por el hecho de que se trata de una hipótesis de aborto voluntario, esto es, con el consentimiento de la mujer embarazada. Sin embargo, la menor penalidad sólo habría de aplicarse en la medida que no concurran las causales de impunidad del párrafo siguiente (“...fuera de los casos previstos en el párrafo V de este artículo”, dice la ley).

Por último, el párrafo V –no obstante su confusa redacción- se puede decir que regula las **situaciones de atipicidad** del aborto (no de impunidad o de excepción de pena, puesto que es la propia ley la que establece que no constituye una infracción penal), las cuales pueden esquematizarse de la siguiente manera:

- a) El aborto es atípico siempre que concurran las siguientes condiciones: *solicitud de la embarazada y que la práctica se lleve a cabo dentro de las primeras ocho (8) semanas de la gestación.* Sin embargo, el texto del precepto no es lo suficiente claro como para efectuar una interpretación más precisa y correcta de su contenido, pues al expresar, en primer lugar, que deben concurrir “cualquiera” de las circunstancias previstas en él, da la sensación de que pretende abarcar todo el artículo, o al menos a las situaciones contempladas en el numeral 1, a y b. de la primera parte. En segundo lugar, la conjunción copulativa “y” después de la oración “Se realice durante las primeras ocho semanas de gestación”, parece indicar una función de enlace entre esta frase y la situación prevista en la letra a), con lo cual la atipicidad requeriría de estas dos condiciones, puesto que después de este enunciado, la aparición de la conjunción disyuntiva “o”, parece indicarnos que la situación de la letra b) se autonomiza de la anterior, con lo que la atipicidad de la conducta quedaría abarcada por la situación contemplada en el numeral 1 “más” la prevista en la letra b).

En conclusión, esta interpretación del texto legal implicaría atipicidad sólo en los siguientes casos:

- 1) V + 1 + a) = Petición del aborto por parte de la mujer embarazada, que la práctica se realice durante las primeras ocho semanas de gestación y que la embarazada tenga a su cargo personas adultas mayores, con discapacidad u otros menores consanguíneos.
- 2) V + 1 + b) = Petición del aborto por parte de la mujer embarazada, que la práctica se realice durante las primeras ocho semanas de gestación y que la embarazada sea estudiante.

Como se puede apreciar, no queda nada claro si la atipicidad sólo concurre cuando el aborto es pedido por la embarazada “y” se lleve a cabo durante las primeras ocho semanas de gestación (el elemento indeterminado “cualquiera” del primer párrafo del numeral V parece indicar esta solución), o también en las otras situaciones analizadas, o bien en cualquiera de ellas, puesto que el uso de conjunciones en el sintagma (una de ellas actúa de nexos y la otra tiene una función alternativa o excluyente del vocablo) hace que la solución de cierre se presente muy difícil, confusa e insegura.

En lo que respecta al plazo dentro del cual debe practicarse el aborto, la ley establece un término concreto: “*durante las primeras ocho (8) semanas de gestación*”, pero sin indicar el término *a-quo* del embarazo, el cual se deberá determinar a través de un dictamen médico en el que conste el momento del comienzo del mismo. Por lo general, el término a partir del cual debería de comenzar a contarse dicho plazo es el momento de la culminación de la anidación³ y no el momento del comienzo de la fecundación, pues sería casi imposible determinarlo por la imprecisión e incertidumbre del mismo.

Por último, la norma desincrimina el aborto cuando la práctica haya sido realizada durante las primeras ocho semanas de gestación y la mujer sea una “*estudiante*”, esto es, una persona que, al momento de llevarse a cabo el aborto, se encuentre inscrita o matriculada en una institución educativa o de enseñanza de cualquier nivel (primario, secundario, universitario) o se encuentre cursando estudios de alguna disciplina científica, literaria, deportiva, artística, musical, etc., en un ámbito académico o de manera informal o autónoma, sea como ocupación principal o secundaria. La falta de especificidad de la expresión empleada por la ley, permite una interpretación amplia del precepto.

b) Con arreglo al texto legal, también ***el aborto es atípico*** cuando:

Sea solicitado por la propia mujer embarazada y:

³ conf. Bajo Fernández, cit. por Romeo Casabona Carlos María, en Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética, pag. 199, Ed. Comares, Granada, 2004)

- 1) *Se realice para prevenir un riesgo presente o futuro para la vida de la mujer embarazada.*

Se trata de una hipótesis de *indicación terapéutica*, en la que se contempla una situación de “riesgo” (o peligro), actual o futuro, para la vida de la mujer embarazada, que puede presentarse en casos de enfermedades, afecciones, lesiones, etc. que poseen la idoneidad o capacidad suficientes como para poner en grave compromiso vital a la gestante. Se trata de un caso particular de necesidad extrema o imperiosa que no permite recurrir a otra opción que no sea la del aborto; es la última alternativa a la que se puede recurrir, siempre que el peligro para la vida no pueda ser evitado con un tratamiento médico eficaz y adecuado.

Esta situación requiere de una certificación médica que indique claramente la situación de riesgo para la vida de la embarazada si no se practica el aborto. Gravedad del peligro y necesidad del aborto son dos elementos indispensables para la concurrencia de esta indicación.

- 2) *Se realice para prevenir un riesgo presente o futuro para la salud integral de la mujer embarazada.*

La hipótesis plantea idéntica situación que la prevista en el numeral anterior, pero relacionada con la salud, física o psíquica, de la embarazada.

- 3) *Se detecten malformaciones fetales incompatibles con la vida.*

En los casos precedentes (numerales 1 y 2) se hace referencia a factores que tienen incidencia directa con la mujer embarazada, mientras que en el caso que estamos analizando la cuestión se centra en factores o circunstancias determinantes que tienen vinculación directa con la situación que atraviesa el *nasciturus*, que tendrán una incidencia negativa en torno de su calidad de vida futura. Se trata de un caso de aborto por *indicación eugenésica o embriopática*, en la que se presta especial atención a la libertad de la mujer por sobre la vida del *nasciturus*. La licitud del aborto en estas situaciones requiere la comprobación concreta –mediante un pronóstico médico- de la existencia de graves malformaciones o anomalías en el feto, que comprometen seriamente cualquier posibilidad de vida futura.

- 4) *Sea consecuencia de reproducción asistida no consentida por la mujer.*

En esta hipótesis, la ley se ha ocupado de proteger con mayor intensidad, no la vida ni la integridad corporal o psíquica de la gestante –como en los supuestos anteriores- sino su *libertad de procreación*, puesto que se trata de un caso de sometimiento de la mujer a esta clase de técnicas al margen de su libre y espontánea voluntad.

5) *El embarazo sea consecuencia de violación o incesto.*

Se trata de un caso de *indicación ética o criminológica*, que tiene lugar cuando el embarazo ha sido la consecuencia del delito de *violación* (arts.96 y 97 del Proyecto) o de la práctica del *incesto* (relación sexual entre personas unidas por un vínculo parental).

La norma ha omitido –para los casos de violación- la obligatoriedad de la denuncia como paso previo a la práctica del aborto, circunstancia que –de encontrarse en vigencia la norma- podría provocar serios inconvenientes a la hora de juzgar este tipo de conductas.

Para los casos de incesto, se presenta un problema aun mayor, pues, a la par de no estar previsto como delito en el Proyecto –salvo la referencia que se lee en el artículo 97.IV, relativa a la impunidad de las relaciones sexuales consensuadas entre adolescentes, a la que se agrega un párrafo innecesario y contradictorio: “siempre que no se hayan cometido con violencia o intimidación”, medios típicos que presuponen siempre una conducta no consensuada- se presenta como muy dificultoso determinar en el caso concreto una hipótesis de incesto o de una conducta sexual diferente (que podría, inclusive, ser delictiva).

6) *La embarazada sea niña o adolescente.*

Finalmente, se establece la atipicidad del aborto cuando la embarazada sea *niña o adolescente*, esto es, una mujer comprendida desde la concepción hasta los doce (12) años cumplidos –niñez-; y desde los doce (12) años hasta los dieciocho (18) años cumplidos -adolescencia- (Ley N° 548/14, Código Niña, Niño y Adolescente).

El Código no es muy claro en el tratamiento de las hipótesis previstas en el numeral V.2 –que acabamos de analizar-, pues no tiene –como en el inciso anterior- ninguna referencia al plazo de la gestación durante el cual estaría permitido el aborto, toda vez que al separarse, precisamente, del inciso anterior del mismo numeral, deja de formar parte del mencionado inciso 1), circunstancia que impide considerar el plazo de ocho semanas allí previsto. Por lo tanto, da toda la sensación que, en estos supuestos el legislador ha abandonado el tiempo límite de ocho semanas por un plazo

indefinido y sujeto a cada caso en particular, pero sin someterse a un término fijo, lo cual no es, desde luego, la mejor solución.

En conclusión, para estas hipótesis –al no existir un plazo *a-quo* ni *ad-quen* expresamente previsto- se debe entender que son condiciones para la práctica lícita del aborto, las siguientes: la petición expresa de la mujer de someterse a un aborto y la concurrencia de algunas de las circunstancias contempladas en las letras a) a f) del inciso 2), *en cualquier tiempo de la gestación*.

El párrafo VI del mismo artículo establece un sistema obligatorio relacionado con la *objeción de conciencia* en materia de aborto y, a su vez, impone al Sistema Nacional de Salud la obligación de guardar el *secreto profesional*, así como su alcance (individual, no colectivo) y su formalidad (mediante una expresión por escrito), regulando, al mismo tiempo, una situación de excepción de inexcusable cumplimiento para los casos graves o urgentes que requieran una intervención médica necesaria. Igualmente, frente a estas posibles situaciones de rechazo o negativa a la práctica del aborto por parte del personal médico o sanitario implicado, el precepto establece la obligación de una intervención de un profesional de la salud no objetor, garantizando –de este modo- la realización y/o prestación del servicio médico consecuente. La normativa establece, asimismo, la *gratuidad* de la atención del Sistema Nacional de Salud

El texto propuesto es el siguiente: *El sistema nacional de salud, de manera gratuita, deberá precautelar la libre decisión, la salud y la vida de la niña, adolescente o mujer, y no podrá negar la interrupción del embarazo ni su atención integral en los casos previstos en el párrafo precedente alegando objeción de conciencia y estará obligado a mantener el secreto profesional. El rechazo o negativa a realizar la intervención médica para la interrupción voluntaria del embarazo por objeción de conciencia, es una decisión siempre individual del personal médico o sanitario directamente implicado en la realización del acto médico, que debe manifestarse anticipadamente por escrito. Lo dispuesto en el presente párrafo, no es aplicable en los casos graves o urgentes en los cuales la intervención es indispensable.*

Cada servicio de salud público deberá garantizar que la atención sea efectivamente brindada por otro profesional de la salud no objetor.

Por último, el párrafo VII del artículo 157 dispone que *El único requisito para la interrupción del embarazo en los casos señalados en el párrafo V, será el llenado de un formulario de constancia del consentimiento informado de la mujer y el señalamiento de la causal y circunstancias de su decisión, sin necesidad de otro trámite, requisito o procedimiento de ninguna naturaleza.*

Como se puede observar, el texto legal establece como condición para la realización del aborto, el cumplimiento de los siguientes requisitos:

- a) Una constancia por escrito, en un formulario confeccionado para tales efectos, del *consentimiento informado de la mujer* (deber de información previa y detallada al paciente), y
- b) Una *constancia descriptiva de la causal* invocada y circunstancias de su realización, que deberá ser proporcionada por la mujer.

Cumplidos ambos requisitos ante el Sistema Nacional de Salud, la práctica del aborto está habilitada legalmente.

INFRACCIONES CONTRA EL HONOR.

La novedad que presenta el Código del Sistema Penal en el ámbito de las infracciones contra el honor –previstas como delitos en el vigente Código penal, arts. 282 a 290-, reside en que estos delitos han sido convertidos en “faltas contra la dignidad” (con arreglo a la clasificación tripartida de las infracciones penales establecida en el art. 17), previstas como tales en el Título III –Faltas-, Capítulo I –Faltas contra la dignidad-, tipificándose la injuria en el artículo 309, la calumnia en el artículo 310, la difamación en el artículo 311 y el llamado acoso callejero en el artículo 312.

INJURIA

Establece el artículo 309 (Injuria): I. *La persona que por cualquier medio y de modo directo ofenda a otra en su dignidad o la deshonre o desacredite, será sancionada con reparación económica y prohibición de concurrir a ciertos lugares o acercarse a la víctima.*

- I. *La sanción será agravada a multa sancionadora de cien (100) a doscientos cincuenta (250) días, reparación económica y prohibición de concurrir a ciertos lugares o acercarse a la víctima, si la injuria se comete mediante un medio de comunicación o difusión masiva. Igual sanción corresponderá a la persona que reproduzca mediante medio de comunicación o difusión masiva la injuria inferida por otro.*
- II. *Además de las sanciones previstas, si lo solicita la víctima, la persona autora será conminada a publicar o difundir la parte*

resolutiva de la sentencia o la satisfacción otorgada, en los mismos medios donde la injuria fue publicada o difundida.

- III. *Cuando las injurias sean recíprocas, la jueza o juez podrá, según las circunstancias, declarar exentas de sanción a las dos partes.*
- IV. *La reincidencia en la comisión de infracciones de la misma naturaleza contra la misma víctima, convertirá a la injuria en delito y se impondrá la sanción establecida en el Parágrafo II del artículo 44 (Reincidencia) de éste Código.*

La diferencia entre la injuria tipificada como delito en el Código penal en vigencia, con la falta prevista en el Código del Sistema Penal, radica únicamente en el tipo y monto de la sanción, de acuerdo a la clasificación realizada en el art. 31, haciéndose consistir la *multa sancionadora* en un pago en dinero al Estado fijado en días multa (art. 33), la *reparación económica* en un resarcimiento a la víctima, su familia o derechohabiente, por los daños y perjuicios causados, en base a información acreditada por las partes (art. 32.I.2.II) y la *prohibición de concurrir a ciertos lugares o acercarse a la víctima*, conforme al art. 38 del Proyecto.

Para los casos de *injurias recíprocas*, está prevista una exención de pena para las partes involucradas, cuya aplicación es una facultad privativa del juez de la causa.

La *reincidencia* en la comisión de infracciones de la misma naturaleza contra la misma víctima, convertirá a la injuria en delito y se impondrá la sanción establecida en el parágrafo II.2 (segundo párrafo) del artículo 44, esto es, prisión de un mes a un año, de cumplimiento efectivo.

CALUMNIA

El artículo 310 regula la falta de *calumnia*, con el siguiente texto:

- I. *La persona que atribuya a otra la comisión de una infracción penal de manera falsa e insidiosa, será sancionada con reparación económica y prohibición de concurrir a ciertos lugares o acercarse a la víctima.*
- II. *La sanción será agravada a multa sancionadora de doscientos cincuenta y un (251) a cuatrocientos (400) días, reparación económica y prohibición de concurrir a ciertos lugares o acercarse a la víctima, si la calumnia se realiza en medio de comunicación o difusión masiva. Igual sanción corresponderá a quién publique o reproduzca en medio de comunicación o difusión masiva la calumnia inferida por otro.*

- III. *Además de las sanciones previstas, si lo solicita la víctima, la persona autora será conminada a publicar o difundir la parte resolutive de la sentencia o la satisfacción otorgada, en los mismos medios donde la calumnia fue publicada o difundida.*
- IV. *Cuando las calumnias sean recíprocas, la jueza o juez podrá, según las circunstancias, declarar exentas de sanción a las dos partes.*
- V. *La reincidencia en la comisión de infracciones de la misma naturaleza contra la misma víctima, convertirá a la calumnia en delito y se impondrá la sanción establecida en el Parágrafo II del artículo 44 (Reincidencia) de éste Código.*

DIFAMACION

El artículo 311 tipifica la falta de *difamación*, de la siguiente manera:

- I. *La persona que de manera pública, tendenciosa y repetitiva, revele o divulgue un hecho, calidad o conducta que afecte la reputación de una persona individual o colectiva, será sancionada con reparación económica y prohibición de concurrir a ciertos lugares o acercarse a la víctima.*
- II. *La sanción será agravada a multa sancionadora de cien (100) a doscientos cincuenta (250) días, reparación económica y prohibición de concurrir a ciertos lugares o acercarse a la víctima, si la difamación se comete mediante un medio de comunicación o difusión masiva. Igual sanción corresponderá a la persona que reproduzca mediante medio de comunicación o difusión masiva la difamación inferida por otro.*
- III. *Además de las sanciones previstas, si lo solicita la víctima, la persona autora será conminada a publicar o difundir la parte resolutive de la sentencia o la satisfacción otorgada, en los mismos medios donde la difamación fue publicada o difundida.*
- IV. *Cuando las difamaciones sean recíprocas, la jueza o juez podrá, según las circunstancias, declarar exentas de sanción a las dos partes.*
- V. *La reincidencia en la comisión de infracciones de la misma naturaleza contra la misma víctima, convertirá a difamación en delito y se impondrá la sanción establecida en el Parágrafo II del artículo 44 (Reincidencia) de éste Código.*

ACOSO CALLEJERO.

El artículo 312 castiga el llamado *acoso callejero*, con el siguiente texto: *La persona que, en lugar público, ejerza acoso callejero en contra de otra,*

consistente en gestos obscenos, insultos sexistas, frases o comentarios o insinuaciones alusivas al cuerpo o al acto sexual, que resulten humillantes, hostiles, obscenas u ofensivas a la víctima, será sancionada con prestación de trabajo de utilidad pública y prohibición de concurrir a ciertos lugares o acercarse a la víctima.

El precepto prevé una conducta de acoso –en una de sus varias formas, aunque no necesariamente-, que suele ser repetitiva y violenta y que se caracteriza por la connotación sexual de su expresión, particularidad que lo diferencia de otras manifestaciones ofensivas al honor de una persona. Esta forma de acoso tiene una relación directa con la sexualidad de las personas. De lo contrario, no dejaría de ser una simple ofensa al honor.

El acoso callejero, precisamente por la forma de su manifestación conductual y las consecuencias que produce en la víctima, implica una de las tantas formas de manifestación del ejercicio de la violencia contra la mujer. Sin embargo, el precepto que analizamos no distingue el sexo de la víctima, pudiendo tratarse el sujeto pasivo de un hombre o de una mujer.

Si el acoso callejero es o no una forma de violencia de género, es algo que depende de varias circunstancias. En primer lugar, la Ley N° 348/13 -*Ley Integral para Garantizar a las Mujeres una Vida Libre de Violencia*-, es una normativa orientada, preferentemente, a la protección integral de la mujer, no del hombre; en segundo lugar, la violencia de género presupone el ejercicio de violencia durante la etapa de una vida en común –al menos en la mayoría de los casos-, caracterizada por una situación estructural de subordinación y/o sumisión de la mujer hacia el marido, en el marco de una relación desigual de poder, algo que no parece que se presente en una situación de acoso callejero, y con mayor razón aun cuando la conducta se manifiesta de forma individual y solitaria, no repetitiva y sistemática. Se trata, eso sí, de un caso de violencia contra la mujer, que se puede amparar (aunque no en sentido estricto, pues también están previstos casos de violencia contra el sexo masculino, ver art.6.1) en las previsiones de la Ley 348/13 y su Decreto Supremo N° 2145/14, reglamentario de la mencionada Ley Integral, pues –como vimos- la normativa que prevé el nuevo sistema no formula ninguna distinción entre los sexos.

Una silbatina galante o un piropo urbano, como expresión de una conducta decorosa y caballeresca, tendiente a homenajear la belleza de la mujer, no parece que pueda encuadrar en un supuesto de acoso callejero. Seguramente, la sabia y prudente interpretación judicial, pondrá en primer lugar unos de los principios cardinales de un Estado de Derecho, el principio de seguridad jurídica y de mínima intervención penal.

DELITOS CONTRA LA LIBERTAD

Las novedades que presenta el Código del Sistema Penal sobre estos delitos, residen en que carecen de una sistemática precisa y unívoca, pues se pueden encontrar, en sus más variadas modalidades, en diversos Títulos y Capítulos del Libro Segundo, con referencia a bienes jurídicos de distinto signo, pudiendo generar con ello, situaciones confusas y de difícil solución en la práctica (por ej. el delito de desaparición forzada de personas, además de estar recogido en una figura especial en el art. 91, también lo está en el art. 81 dentro de los denominados Crímenes de Lesa Humanidad, en ambos casos con una pena que va de los veinticinco (25) a los treinta (30) años de prisión y reparación económica). Veamos, entonces, los rasgos característicos de cada figura en particular.

REDUCCIÓN A LA ESCLAVITUD

Esta figura está tipificada en el Proyecto como una de las varias modalidades del delito de Trata de Personas previsto en el art. 88, cuando una de las finalidades de la trata sea la *reducción a esclavitud bajo cualquier modalidad*. La pena, a diferencia de la que prevé el Código en vigencia, es de siete a doce años de prisión y reparación económica. No tiene agravantes.

En el artículo 90 está tipificado el delito de *Reducción a servidumbre* en su forma ampliada, pues en una de sus modalidades hace referencia a *la persona que ejerza atributos de propiedad sobre otra persona o colectivo*, cuando, en rigor de verdad, esta modalidad es una forma de esclavitud no de servidumbre (ver Convención sobre la Esclavitud de 1926, arts. 1 y 2).

PRIVACION DE LIBERTAD

El artículo 145 contempla el delito de *privación ilegal de libertad*, bajo la siguiente redacción: *I. La persona que ilegalmente prive o prolongue la privación de la libertad de locomoción a otra, serán sancionada con prisión de uno (1) a tres (3) años y reparación económica. II. La sanción será agravada a prisión de dos (2) a cuatro (4) años, reparación económica y, en su caso, inhabilitación, cuando:*

1. *La privación de libertad sobrepase las veinticuatro (24) horas (en el Código en vigencia se extiende el plazo a 48 hs.).*
2. *El hecho o a consecuencia de éste, se ocasiona un grave perjuicio a la salud de la víctima (situación no prevista en el texto en vigencia).*
3. *Sea cometido por una servidora o servidor público abusando de sus funciones o por incumplimiento de los deberes de cuidado a su cargo (El Código actual hace referencia a un funcionario público, con abuso de autoridad).*
4. *Sea cometido por una jueza o juez que, de manera ilegal, arbitraria o injustificada, prolongue la prisión preventiva más allá de los plazos legales (situación no prevista en el texto actual).*

Además de las diferencias anotadas precedentemente, se observa un aumento considerable de la pena en el texto del nuevo Código, tanto en la figura simple como en las circunstancias agravantes.

DESAPARICION FORZADA DE PERSONAS

El delito de *Desaparición forzada de personas* se halla ubicado en el Libro Segundo –Infracción Penal Específica-, Título I –Crímenes-, Capítulo III –Crímenes contra la Dignidad y la Libertad Humana-, Sección II – Contra la Libertad y Voluntad Individual, del Proyecto y –como antes explicáramos-, además de estar recogido en una figura especial en el art. 91, también lo está en el art. 81 dentro de los denominados Crímenes de Lesa Humanidad, en ambos casos con una pena que va de los veinticinco (25) a los treinta (30) años de prisión y reparación económica.

El artículo 91 expresa: *La persona que con la autorización, el apoyo o la aquiescencia de algún órgano o agente del Estado, aprehenda, detenga, secuestre o prive de libertad a otra y no admita tales situaciones u oculte, falsee o niegue dar información sobre el reconocimiento de dichas formas de privación de libertad o sobre el paradero de la víctima, impidiendo o dificultando así el ejercicio de recursos legales y de garantías procesales en su favor, será sancionada con prisión de veinticinco (25) a treinta (30) años y reparación económica.*

La figura incorporada por el Código –aún con un texto sensiblemente diferente- no agrega nada nuevo sobre esta práctica ilegal que ya no se encuentre prevista, tanto en el artículo 292 bis del Código penal en vigencia como en la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, suscripta en Belén Do Pará el 9 de junio de 1944. La novedad podría radicar en estos dos aspectos: por un lado, se adecuaba la pena a la

establecida en el Estatuto de la Corte Penal Internacional (Roma, 1998) y, por otro lado, se abandona el sistema de agravantes vigente.

AMENAZA

El delito de amenaza simple, previsto en el artículo 293 del Código penal vigente, ha sido convertido en una falta en el Código del Sistema Penal, con el siguiente texto:

Art. 313 (Amenaza). *I. La persona que incurra en la conducta prevista en el artículo 147 (amenaza con arma), siempre y cuando el hecho se haya cometido sin la utilización de arma alguna, será sancionado con multa sancionadora de cien (100) a doscientos cincuenta (250) días y prohibición de concurrir a ciertos lugares o acercarse a la víctima. II. La reincidencia en la comisión de infracciones de la misma naturaleza convertirá a la amenaza en delito y se impondrá la sanción establecida en el Parágrafo II del artículo 44 (Reincidencia) de éste Código.*

La nueva figura se caracteriza por contener un elemento negativo: *que la amenaza no sea cometida con un arma, real o simulada*. Sólo así se mantiene dentro del régimen de la falta. De lo contrario, se aplica el tipo penal previsto en el artículo 147. La reincidencia deriva en la aplicación de lo establecido en el parágrafo II del artículo 44, tal como ya se explicara anteriormente.

COACCION.

El delito de Coacción está previsto en el artículo 146, y las diferencias que se aprecian con el tenor del art. 294 del Digesto en vigor, residen no sólo en el monto de la pena –que, en este caso, se observa una reducción considerable en la figura simple, puesto que se abandona la pena privativa de libertad por la sanción de prohibición de concurrir a ciertos lugares o acercarse a la víctima y prestación de trabajo de utilidad pública–, sino en la finalidad que persigue el autor: en el Código del Sistema Penal, *obligar a otra persona a hacer, no hacer o tolerar algo contra su voluntad*, mientras que en el Código en vigencia el agente persigue obligar a otra persona a hacer, no hacer o tolerar algo *a que no está obligado*, frases que denotan situaciones conductuales muy distintas en la víctima, toda vez que, aun cuando el sujeto esté obligado a realizar la conducta exigida por el autor (por

ej. que el juez dicte la sentencia a la que está obligado), es suficiente para perfeccionar el tipo que la amenaza coarte su libre voluntad de decisión (que dicte la sentencia contra su voluntad).

El párrafo II del artículo 146 contempla, bajo las sanciones de pena privativa de libertad de dos (2) a cuatro (4) años y de prohibición de concurrir a ciertos lugares o acercarse a la víctima y, en su caso, inhabilitación, las siguientes *agravantes*:

1. *La persona autora cometa el hecho abusando de sus competencias o de su posición como titular de un cargo público.*
2. *La persona autora cometa el hecho abusando de su condición de mayor jerarquía respecto de la víctima, sea en ámbito privado o público.*
3. *La persona autora recurra a amenazas anónimas.*
4. *La víctima sea niña, niño, adolescente, persona adulta mayor o persona con discapacidad grave.*
5. *El hecho se cometa con el fin de obligar a la víctima a abandonar su lugar habitual de residencia o trabajo.*

La conducta punible, en la figura simple, consiste en *obligar* a otra persona a hacer, no hacer o tolerar algo contra su voluntad, mediante el empleo de violencia o amenazas con un mal considerable, sin otro aditamento subjetivo que la finalidad perseguida por el autor, mientras que en los tipos de injusto agravados se regulan diversos supuestos típicos:

1. En el inciso 1, se contempla un típico abuso funcional.
2. El inciso 2, trata un supuesto de violencia laboral (ver Ley 348/13, art. 7.11, Ley integral para garantizar a las mujeres una vida libre de violencia).
3. El inciso 3 tipifica una agravante fundada en el anonimato del autor, circunstancia que potencia el riesgo de daño por las dificultades que implica identificar al agente activo del delito y el debilitamiento en las posibilidades de defensa de la víctima.
4. En el inciso 4 está previsto un aumento de la pena que se justifica tanto en una etapa etaria de la vida de ciertas personas que requiere una mayor protección por parte del Estado (ver Ley N° 548, Código Niña, Niño y Adolescente, arts.5 y ss), como así respecto de aquellas personas que se encuentran en una situación especial en relación a su estado de salud física o psíquica. La especial protección a la “persona adulta mayor” sólo podría justificarse tratándose de sujetos en una etapa etaria muy avanzada (ancianidad, personas valetudinarias, etc.), pero el orden jurídico boliviano los protege a partir de los 60 años de edad (Ley general de las personas adultas mayores, N° 369/2013).

5. El inciso 5 la conducta se agrava por el fin perseguido por el autor.

VEJACIONES Y TORTURAS

Estos delitos –previstos en el artículo 295 del Código en vigor- se hallan ubicados en el Libro Segundo –Infracción Penal Específica-, Título I –Crímenes-, Capítulo III –Crímenes contra la Dignidad y la Libertad Humana- Sección I – Contra la Dignidad-, artículo 87 (Tortura y tratos crueles, inhumanos o degradantes), como así en el artículo 81.7 (Tortura) como un Crimen de Lesa Humanidad.

Un problema que se observa con esta doble tipificación, reside en el monto de la pena: la figura prevista en el artículo 87 contempla una pena de prisión que va desde los nueve (9) años de mínima hasta los catorce (14) años de máxima, reparación económica y, en su caso, inhabilitación, en la figura simple, mientras que en los tipos agravados se va incrementando en función de las circunstancias allí previstas. Por el contrario, en el artículo 81 la pena es de veinte (20) a veinticinco (25) años de prisión y reparación económica, situación penológica que habrá de provocar, según nuestro ver, serios y difíciles inconvenientes de resolver en la práctica.

El artículo 87 pune a: I. *la persona que cometa en contra de otra persona un acto de tortura, entendiéndose por tal:*

1. *Provocar a una persona sufrimientos físicos o psicológicos con fines de investigación criminal, castigo personal, medida preventiva, sanción, como medio intimidatorio u otro fin análogo; o*
2. *Aplicar sobre una persona métodos tendientes a anular su personalidad o a disminuir su capacidad física o psicológica, aunque no causen dolor físico o angustia psíquica.*

II. La sanción establecida en el párrafo precedente, será agravada a prisión de once (11) a dieciséis (16) años, reparación económica y, en su caso, inhabilitación, cuando el hecho sea cometido contra una niña, niño o adolescente, mujer embarazada, persona con discapacidad o mayor de sesenta (60) años.

III. La servidora o servidor público, o quién actúe con su consentimiento o aquiescencia, que imponga tratos o sanciones crueles, inhumanos o degradantes en contra de una persona, no constitutivos de tortura, será

sancionado con prisión de cuatro (4) a ocho (8) años, reparación económica e inhabilitación.

IV. Si como resultado de la tortura o de los tratos crueles, inhumanos o degradantes se produce la muerte de la víctima, se impondrá la sanción prevista para el homicidio agravado, feminicidio u homicidio de Niña o Niño, según corresponda

V. No están comprendidos en el concepto de tortura ni de tratos crueles, inhumanos o degradantes, las acciones o resultados que sean consecuencia norma de la aplicación de una medida legalmente impuesta, siempre que ésta no implique la realización de los actos o de los métodos referidos en los parágrafos I y II de este artículo.

DELITOS CONTRA LA LIBERTAD DE EXPRESION Y DE PRENSA

Las infracciones relacionadas con la libertad de prensa, se encuentran tipificadas en el Proyecto en el Título II –Delitos-, Capítulo VII –Delitos contra el bienestar individual y común-, Sección I –Contra la privacidad-, artículo 195, con el siguiente texto:

- I. La persona que, ilegalmente, impida o estorbe la libre emisión del pensamiento expresado por cualquier medio de comunicación, de difusión u otro, será sancionado con prisión de uno (1) a tres (3) años y reparación económica.*
- II. La misma sanción se impondrá a la persona que ilegalmente impida o estorbe la circulación, emisión y difusión de libros, periódicos o cualquier otro medio escrito, audiovisual, electrónico o digital.*
- III. La sanción será agravada en un tercio, tanto en el mínimo como en el máximo, cuando se impida o estorbe el libre acceso a la información o el derecho a la comunicación de manera individual o colectiva, salvo las limitaciones establecidas por Ley.*

La novedad que se introduce en el marco de esta temática, reside –a diferencia del Código en vigencia (art. 296)-, en la incorporación como medios de comisión del delito, para la difusión y/o circulación, etc., del pensamiento y/o de objetos impresos, la tecnología de la información y comunicación (TICs), electrónica y digital (Internet).

La regulación de estos derechos –cuya base de sustentación es, desde luego, constitucional y convencional-, se encuentra plasmada, entre otros instrumentos internacionales, en el art. 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica).

El inciso III agrava la sanción para aquellos supuestos que consistan en impedir o estorbar el “libre acceso a la información o a la comunicación”, incremento punitivo que no ha sido previsto en el Código en vigor.

En cuanto a la pena, el tipo penal del Proyecto presenta una sensible suba en el monto mínimo de la pena, que de seis (6) meses de reclusión en el Código vigente, pasa a un (1) año de prisión en la nueva regulación.

DELITOS CONTRA LA PROPIEDAD INDIVIDUAL

HURTO

El delito de hurto está previsto en el Capítulo VIII –Delitos contra las formas de organización de la economía plural- Sección I –Contra la propiedad individual-, del Título II –Delitos-, artículo 226, con la siguiente redacción:

- I. *La persona que se apodere ilegítimamente de una cosa mueble ajena, cuyo valor al momento del apoderamiento sea mayor a tres (3) salarios mínimos nacionales, será sancionada con reparación económica.*
- II. *Igual sanción se impondrá a la persona que, en las mismas condiciones del párrafo I del presente artículo, se apodere ilegítimamente de energía eléctrica, señal de telecomunicaciones o de tecnología de información y comunicación.*
- III. *Será sancionada con prisión de dos (2) a cuatro (4) años y reparación económica, la persona que se apodere ilegítimamente de cosa mueble ajena, independientemente de su valor al momento del desapoderamiento, cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias:*
 1. *El hecho sea cometido con fuerza en las cosas, con escalamiento, uso de ganzúa, llave falsa u otro instrumento semejante, para mantenerse clandestino en el sitio o penetrar al lugar donde se halla la cosa objeto de la sustracción;*

2. *El hecho sea cometido por dos (2) o más personas;*
3. *El hecho sea cometido por servidora, servidor, empleada o empleado p{ublico, con motivo o en ocasión del ejercicio de su cargo o función;*
4. *La persona autora mantenga una relación laboral con la persona natural o jurídica que detenta el dominio legítimo de la cosa;*
5. *El hecho sea cometido en ocasión de un estrago, conmoción popular, aprovechándose de un accidente o de un infortunio particular;*
6. *El apoderamiento recaiga sobre armas de fuego, municiones o explosivos de almacenes o armerías autorizadas, fábricas con licencia y de propietarios o tenedores legales.*
7. *El apoderamiento recaiga sobre productos separados del suelo o de máquinas, instrumentos de trabajo o de productos agroquímicos, fertilizantes u otros insumos similares, dejados en el campo, o de alambres u otros elementos de los cercos.*
8. *El apoderamiento recaiga sobre cosas que se encuentran fuera del control del dueño o sobre los que se hubiera confiado cuidado;*
9. *El apoderamiento recaiga sobre bienes muebles calificados como patrimonio cultural boliviano y cosas de valor artístico, histórico, arqueológico, paleontológico, científico o sobre cosas de una iglesia o de otro edificio o local en los que se profesa un culto religioso;*
10. *El apoderamiento recaiga sobre cosas de primera necesidad o destinadas a un servicio público, siempre que la sustracción ocasione un quebranto a éste, o una situación de desabastecimiento;*
11. *El apoderamiento recaiga sobre vehículos motorizados; o,*
12. *El apoderamiento recaiga sobre sustancias minerales, denominado “Jukeo”, independientemente de su origen, forma de presentación o estado en el que se encuentren, en un área donde se desarrollen actividades mineras.*

La novedad de las figuras (hurto simple) previstas en el párrafo I y II del artículo 226, radica en el valor de la cosa, puesto que es ese valor, precisamente, lo que marca la frontera entre el delito y la falta. Si el valor al momento del apoderamiento es mayor a tres (3) salarios mínimos nacionales, la infracción es delito, mientras que si es menor a ese límite, se configura una falta de las previstas en el artículo 319 (hurto menor).

El problema que se podría presentar con esta modalidad de regulación penal reside, a nuestro modo de ver, en la determinación del “valor de la cosa” (valor de mercado, de consumo, de uso, etc.) en relación con el monto del salario mínimo, circunstancia que podría generar confusión e interpretaciones diversas y, naturalmente, inseguridad jurídica.

El párrafo III describe un extenso listado de circunstancias agravantes, cuya consecuencia, a diferencia de las figuras anteriores del mismo artículo, es la amenaza de una pena privativa de libertad de dos a cuatro años de prisión, conjuntamente con la reparación económica. En estas hipótesis carece de relevancia el valor de la cosa.

El amplio elenco de situaciones previstas son las siguientes:

1. La novedad de esta circunstancia agravante reside en el hecho de requerir, entre otros medios típicos –a diferencia de otros ordenamientos extranjeros, por ej. España (art. 237), Ecuador, art. 189, Argentina (art. 164), etc., pero siguiendo los lineamientos de otros digestos como el italiano (art. 628) y el de Perú (art.188)- el empleo de “ *fuerza* ” en las cosas (clásico medio comisivo del robo).
2. En esta hipótesis, la agravante se caracteriza por la pluralidad de autores (el hecho sea *cometido* ...dice la norma), no de intervinientes en el hecho criminal. El grupo puede estar conformado por inimputables, pues la ley nada dice al respecto.
3. Se trata de un tipo penal de abuso funcional.
4. En este supuesto, se requiere de una relación laboral entre autor y víctima al momento de la comisión del delito. Pero, ésta debe tener la cosa legítimamente, de lo contrario el hecho es atípico.
5. Conocido tradicionalmente como “hurto calamitoso”.
6. En este ítems se puede formular una observación: el delito consiste en apoderarse de armas de fuego, etc., de almacenes o armerías *autorizadas* , de fábricas *con licencia* o de propietarios o tenedores *legales* . ¿Y si el hurto recae sobre estas cosas, pero que se encuentran en manos de personas –individuales o colectivas- que las detentan ilegalmente?, seguramente no será de aplicación la agravante.
7. Se trata del llamado “hurto campestre”.
8. Se corresponde con el artículo 326.6 del Código en vigencia.
9. Se corresponde con el artículo 326.4, 5, 7 y último párrafo, del Código en vigencia.
10. Se corresponde con el art. 326.7 del Código en vigencia.
11. Se trata del llamado “hurto de automotores”. Quedan fuera de la agravante los vehículos “no motorizados”, como bicicletas, carros de tracción a sangre, monopatines, sillas de ruedas, etc., así como los vehículos que pueden trasladarse mediante el empleo de otros tipos de energía (nuclear, solar, etc.).
12. Se trata del delito conocido como “robo de minerales” (Jukeo), aunque limitado exclusivamente a las áreas en donde se desarrollen actividades mineras, no a otras que pudieran contener sustancias minerales pero no son áreas de explotación minera.

EXTORSION

El delito de extorsión está previsto en el artículo 227, con el siguiente texto:

- I. *La persona que mediante intimidación o amenaza grave e ilegítima, o simulando autoridad pública o falsa orden de la misma, obligue a otra a hacer, tolerar que se haga o deje de hacer alguna cosa, con el fin de obtener para sí o un tercero ventaja indebida o beneficio económico, será sancionado con prisión de dos (2) a cuatro (4) años y prohibición de concurrir a ciertos lugares o de acercarse a la víctima.*
- II. *En casos especialmente graves la sanción será de prisión de cuatro (4) a ocho (8) años y prohibición de concurrir a ciertos lugares o de acercarse a la víctima. Por regla general, se considerarán casos especialmente graves, cuando:*
 1. *La persona autora actúe habitualmente o sea miembro de una organización que se ha asociado para la comisión de este tipo de infracción penal u otras conexas; o,*
 2. *La extorsión sea cometida mediante violencia contra una persona o generando peligro actual para la integridad física o la vida de la víctima o de un tercero cercano.*

La extorsión sigue configurando en el Código del Sistema Penal una infracción con las mismas características con las que se la conoce desde siempre en todos los códigos penales del mundo: la imposición compulsiva, a través del empleo de violencia o intimidación, a otra persona para que ésta haga o deje de hacer algo que le irroga un perjuicio de naturaleza económica. La simulación de autoridad o la falsa orden de la misma no son más que dos de las tantas formas en que se manifiesta un acto de autoridad, esto es, en suma, ejercicio de violencia, cuya apariencia encubre lo que ha dado en llamarse “intimidación engañosa”⁴. En casos *especialmente graves* – establece la norma-, la pena se agrava hasta los ocho (8) años de prisión.

En estas hipótesis, el legislador, en una decisión de política criminal, se ha preocupado –a fin de evitar cualquier duda o errónea interpretación sobre la obscuridad de un concepto- de establecer un elenco de conductas y/o situaciones a las que ha considerado “especialmente graves”, a saber: la

⁴ conf. Creus-Buompadre, Derecho penal, parte especial, T.1, Ed. Astrea, 2007, pag. 492.

habitualidad (hábito o costumbre de delinquir), miembro de una organización criminal dedicada a la comisión de esta clase de infracciones o de otras conexas o vinculadas a ellas, empleo de violencia (aquí se trata de violencia física o vis absoluta) o provocando un peligro para la vida o integridad de una persona o de un tercero “cercano”, expresión esta última muy difícil de definir, salvo que con ella se haya pretendido indicar a una persona unida a la víctima por un vínculo parental, circunstancia que tampoco sumaría claridad a la situación, pues quedaría el remanente de determinar el grado de parentesco exigible. La norma, como se ve, no es para nada satisfactoria.

SECUESTRO

El delito de *secuestro* –recogido en el Código vigente dentro del capítulo de las extorsiones (art. 334), Título XII de los delitos contra la propiedad, lo que hace que se trate de una típica infracción patrimonial-, en el Código del Sistema Penal está comprendido dentro de los delitos contra la libertad y voluntad individual, en el artículo 92, con el siguiente texto:

- I. *Será sancionada con prisión de cuatro (4) a ocho (8) años y reparación económica, la persona que sustraiga, retenga u oculte a otra en contra de su voluntad con alguno de los siguientes fines:*
 1. *Obtener un rescate;*
 2. *Obligar a la persona secuestrada o a un tercero a cumplir una condición extorsiva.*
 3. *Obligar a una autoridad o particular a realizar u omitir una determinada acción; o*
 4. *Causar daño físico o perjuicio a la persona secuestrada o a un tercero.*

- II. *La sanción será agravada a prisión de siete (7) a doce (12) años, reparación económica y, cuando corresponda, inhabilitación, si concurre alguna de las siguientes circunstancias:*
 1. *La persona autora consiga alguno de los fines descritos en el parágrafo I del presente artículo;*
 2. *Se trate de víctimas múltiples;*
 3. *Se prive a la víctima de la libertad por más de setenta y dos (72) horas;*

4. *Se haya causado por el hecho, o por la acción u omisión cometida durante el hecho, un grave perjuicio a la salud de la víctima;*
 5. *La persona autora sea servidora o servidor público abusando de tal condición;*
 6. *La víctima sea niña, niño o adolescente; o,*
 7. *La persona autora sea parte de una organización criminal.*
- III. *Si como resultado del hecho se produce la muerte de la víctima, se impondrá la sanción prevista para el homicidio agravado, feminicidio u homicidio de Niña o Niño, según corresponda.*
- IV. *La escala penal se atenuará a una mitad, tanto en el mínimo como en el máximo, cuando la persona autora, por voluntad propia, libere a la víctima o facilite información cierta para encontrarla, siempre y cuando no hubiera logrado su propósito, ni hubiera cometido ningún otro crimen o delito en contra de ésta.*

Las distintas figuras introducidas por el Proyecto recogen el delito conocido como *secuestro extorsivo* (caracterizado por una ofensa a la propiedad mediante un atentado contra la libertad individual de una persona), pero con una variada gama de modalidades típicas no contempladas en el Código vigente.

Sin perjuicio de ello, los distintos tipos mantienen la tradicional estructura del secuestro extorsivo, tanto en su figura simple como en sus formas agravadas.

El tipo de injusto del párrafo III configura un tipo de resultado preterintencional, vale decir, un delito del cual deriva una consecuencia no querida por el autor, motivo por el cual creemos que se presenta como desproporcionada la pena correspondiente al homicidio calificado o a la del feminicidio (hasta 30 años de prisión), en tanto se trata de la sanción más grave prevista por el ordenamiento penal aplicable para un hecho culposo.

El párrafo IV contempla una atenuación de la pena para aquel que intervino como autor del secuestro, voluntariamente libera a la víctima o bien colabora eficazmente con la justicia suministrando información vital para la investigación criminal. Se trata de una suerte de “arrepentido” que, a cambio del suministro de información para hallar a la víctima, obtiene ciertos beneficios procesales relacionados con la pena.

CONDUCTAS FRAUDULENTAS

ESTAFA

El delito de *estafa* –correspondiente el tipo de injusto recogido en el artículo 335 del Código en vigor- se encuentra ubicado en el Código del Sistema Penal en la Sección II –Conductas fraudulentas- del mismo Capítulo en el que se sitúan los delitos patrimoniales analizados precedentemente, específicamente en el artículo 232, con la siguiente redacción:

“La persona que, con la intención de obtener para sí o un tercero un beneficio económico indebido, mediante engaño o artificios provoque o fortalezca error en otra que motive la realización de un acto de disposición patrimonial en perjuicio del sujeto en error o de un tercero, y el valor de lo defraudado esté por encima de tres (3) salarios mínimos nacionales, será sancionada con prisión de dos (2) a cuatro (4) años, reparación económica y, cuando corresponda, inhabilitación”.

Este tipo de infracción patrimonial conserva en el Código todos los elementos que han caracterizado históricamente a las conductas defraudatorias: engaño, error disposición patrimonial y perjuicio económico, diferenciándose del tipo de estafa del Código en vigor en la cuantía de lo defraudado (más o menos de tres salarios mínimos nacionales), factor diferencial que se convierte en la línea divisoria entre el delito y la falta (art. 320).

A su vez, el artículo 104 prevé, como novedad, específicas circunstancias de agravación para cuando el fraude se encuentre acompañado de otras acciones y/o produzca ciertos y determinados resultados en perjuicio de la víctima o de un tercero: *habitualidad, actuar como miembro de una organización criminal, dejar a la víctima en situación de necesidad económica, engaño en los materiales de construcción poniendo en peligro la seguridad de las personas, aprovechamiento de una posición de dominio, cargo o relaciones con la víctima, abuso de incapaces, multiplicidad de víctimas, engaño sobre bienes de primera necesidad, por simulación de secuestro o extorsión, simular el empleo de documentos que produzcan efectos jurídicos y el fraude informático.*

Diversas modalidades de conductas defraudatorias (*abuso de firma en blanco, engaño en la calidad y cantidad de la cosa, fraude con tarjetas de crédito o debido, fraude en los precios*), están previstas como formas especiales de estafa en el artículo 234.

El delito de *estelionato*, previsto en el art. 337 del Código actual, mantiene sus mismos elementos en el Código del Sistema Penal (art. 233), salvo lo referente al monto de la pena privativa de libertad, que se incrementa en un

año en el mínimo, pero disminuye también en un año en el máximo. En el tipo agravado se observa, por el contrario, un fuerte incremento de la pena (de cuatro a ocho años de prisión, más reparación económica y, en su caso, inhabilitación), para aquellos casos en los que concurre alguna de las circunstancias descritas en el párrafo I del artículo 104 (estafa agravada).

El delito denominado *tráfico de tierras*, está previsto en el Código del Sistema Penal en el artículo 229, con idénticos elementos que el contenido en el art. 337 bis del Código en vigencia (art. 338), con la particularidad de que en la nueva disposición se produce una disminución de dos años en el monto máximo de la pena privativa de libertad, previéndose como pena conjunta la reparación económica.

El *fraude de seguro*, tipificado en el artículo 237, se caracteriza por las modificaciones introducidas en la escala penal con respecto al delito previsto en el Digesto actual: en la figura simple, se aumenta en un año el monto mínimo pero disminuye también en un año el máximo, mientras que en el tipo agravado se incrementa la pena privativa de libertad en una escala que va de tres a seis años de prisión, más la reparación económica.

El *delito de apropiación indebida* se encuentra previsto en el artículo 235, con el siguiente texto:

- I. *La persona que, en perjuicio de otro se apropie, se niegue a restituir o no restituya a su debido tiempo una cosa mueble o un valor ajeno, en provecho de sí o de un tercero y de los cuales tuviera la posesión o tenencia legítima e implique la obligación de entregar o devolver, será sancionada con prisión de dos (2) a cuatro (4) años y reparación económica.*
- II. *La sanción será agravada a prisión de tres (3) a seis (6) años y reparación económica, si concurre alguna de las siguientes circunstancias:*
 1. *La persona autora sea administradora, gerente o directiva de una persona jurídica, y con ánimo de lucro para sí o para un tercero, perjudique a otra ocultando o reteniendo injustificadamente su dinero, bienes, acciones o derechos alterando sus cuentas, o haciendo aparecer gastos u operaciones inexistentes;*
 2. *El hecho sea realizado en perjuicio de niñas, niños, adolescentes, personas adultas mayores, personas con discapacidad grave o víctimas múltiples;*
 3. *Se afecte con la apropiación indebida a los sectores de salud, educación o deporte;*

4. *La persona autora se apropie, venda o disponga arbitrariamente de una prenda con desplazamiento sobre la cual prestó dinero o recibió garantía de cualquier obligación; o.*
 5. *La persona autora hubiere recibido la cosa en depósito necesario o en su condición de síndico, inventariante, albacea testamentario o depositario judicial.*
- III. *La escala penal de la sanción será atenuada en una mitad, tanto en el mínimo como en el máximo, cuando únicamente se hubiera hecho uso indebido de la cosa recibida.*
- IV. *Quedará exenta de responsabilidad penal, la persona que, una vez prevenida por jueza o juez competente, devuelva o entregue el bien más los intereses y recargos si correspondiese, quedando extinguida la acción penal.*

El delito, en su figura básica, responde a la modalidad histórica de la apropiación indebida caracterizándose, en este caso, por el incremento de la pena en sus montos máximos y mínimos (ver comentario art. 345, Cód. actual).

La particularidad que se observa reside en las formas agravatorias, en las atenuantes y en una singular modalidad de *excusa absolutoria* para aquellos casos de restitución de la cosa dentro de un término discrecional impuesto judicialmente. De todos modos, la intimación extrajudicial tiene también efectos operativos en el ámbito de la punibilidad: la devolución de la cosa dentro del término contractual, opera como ausencia de tipo.

Similar situación se aprecia en el tipo de injusto del artículo 236 (*abuso de confianza*), particularmente en el ámbito de la acción (negarse a restituir o no restituir la cosa a su debido tiempo), con lo cual se podría generar un problema de acumulación normativa de difícil solución entre esta figura y el delito de apropiación indebida que acabamos de analizar pues, en ambas situaciones (salvo en el caso de apropiación), es presupuesto del delito la entrega de la cosa al autor, con la consecuente obligación de devolverla. Sin perjuicio de ello, una hipótesis diferenciativa entre los dos tipos penales, podría estar en que, en la figura del art. 235, la entrega de la cosa presupone una “relación fáctica”, mientras que en la del art. 236 la entrega presupone una “relación jurídica”, pero, el texto del art. 235 no formula distinción alguna en este aspecto.

El delito de *alzamiento de bienes* (o fraude a acreedores) se encuentra previsto en el artículo 238, de la siguiente manera:

- I. *La persona que se alce con sus bienes, los oculte o genere un estado de insolvencia mediante actos de disposición de sus bienes, dirigidos a disminuir o afectar negativamente su patrimonio, con el fin de perjudicar a sus acreedores, será sancionado con prisión de dos (2) a cuatro (4) años y reparación económica.*
- II. *La sanción será agravada a prisión de tres (3) a seis (6) años y reparación económica cuando:*
 1. *Se alteren libros de contabilidad u otra documentación contable, con registros falsos, o se informen datos falsos sobre su estado de insolvencia;*
 2. *Se favorezca ilegalmente a uno o varios acreedores otorgándole ventajas o privilegios a los que no tengan derecho, en perjuicio de los otros acreedores;*
 3. *Las personas acreedoras sean de escasos recursos económicos;*
o,
 4. *Se trate de víctimas múltiples.*
- III. *La misma sanción del párrafo precedente, se impondrá a la persona acreedora que ilegalmente acepte las ventajas o privilegios a los que no tiene derecho en perjuicio de otros acreedores.*

La nueva figura que introduce el Código del Sistema Penal, tiene dos importantes diferencias con la que se encuentra prevista en el artículo 344 del Código en vigor: por un lado, no hace ninguna distinción en cuanto al sujeto activo del delito, de manera que cualquier persona, sea o no comerciante, puede serlo y, por otro lado, se reduce en dos años el monto máximo de la pena privativa de libertad.

Asimismo, la nueva regulación prescribe un elenco de agravantes que tienen como consecuencia el aumento de la pena de prisión, tanto en el mínimo como en el máximo, cuando concurriere alguna de las circunstancias previstas en los párrafos II y III del precepto.

El artículo 239 regula el delito de *quiebra fraudulenta*, cuyas características más salientes, respecto del texto del Código en vigencia, son: 1) se incrementa el mínimo de la escala penal en un año de prisión; y, 2) el precepto en análisis castiga ciertas y determinadas acciones de una persona que ya ha sido declarado en quiebra fraudulenta, mientras que en la otra figura se sanciona a la persona comerciante porque ha sido declarada en quiebra fraudulenta. En el resto de la disposición, están previstas distintas

modalidades conductuales que conducen al dictado de la quiebra dolosa o fraudulenta; la responsabilidad de las autoridades mercantiles declaradas en quiebra y de administradores de personas menores de edad e incapaces, como así un tipo imprudente de autoinsolvencia, que se castiga con la pena de reparación económica.

En el artículo 240 se tipifica el delito de *usura* mediante una redacción mejorada respecto del delito previsto en el artículo 360 del Código actual, empleándose el cartabón del número de salarios mínimos nacionales para delimitar la infracción penal de la falta (art. 323 del Cód. del Sistema Penal). No obstante, el delito prevé una pena de prisión de dos (2) a cuatro (4) años y reparación económica, tanto en la figura básica como en el tipo de usura sucesiva del II párrafo. Las agravantes estas previstas en el III párrafo e importan un incremento de la pena privativa de libertad de tres (3) a seis (6) años de prisión. Finalmente, en el párrafo IV se castiga a las personas jurídicas que incurrieran en este delito, con reparación económica y, según el caso, con sanciones prohibitivas.

ABIGEATO

En la Sección I del mismo Capítulo VIII, artículo 231, se recoge el delito de *abigeato*, con el siguiente texto:

- I. *La persona que se apodere o apropie de dos (2) o más cabezas de ganado caballar, mular, asnal, bovino, bufalino, porcino, caprino, ovino, auquénido o camélido americano o lanar, será sancionada con reparación económica; ante incumplimiento de la sanción impuesta, la juez o juez impondrá prisión de dos (2) a cuatro (4) años de cumplimiento efectivo.*
- II. *La sanción será agravada a prisión de cuatro (4) a ocho (8) años y reparación económica, cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias:*
 1. *Se marque, señale, borre o modifique las marcas o señales de animales ajenos;*
 2. *Se marque o señale, en campo o propiedad ajena, sin consentimiento del dueño del campo;*
 3. *Se marque o señale animales ajenos, aunque sea en campo propio;*
 4. *Se faene, comercialice o transporte ganado ajeno o no haya sido autorizado por el propietario;*
 5. *Se trate de animales de alto valor genético;*

6. *El hecho sea cometido por dos (2) o más personas;*
7. *La persona autora mantenga una relación de dependencia laboral con la víctima;*
8. *Se cometa el hecho en ocasión de un desastre natural, convulsión popular o aprovechándose de un accidente, o de un infortunio particular o, que el bien se halle fuera del control del dueño; o,*
9. *Se utilicen armas de fuego o se ejerza fuerza o violencia sobre las personas.*

Se observa tres aspectos relevantes en el primer párrafo del artículo 231: el número mínimo de cabezas de ganado que requiere el delito (dos o más), un número tasado de animales (comprensivo de la fauna del altiplano: alpaca, llama, vicuña y guanaco) de enumeración taxativa y la posibilidad de conversión de la pena principal de contenido patrimonial en pena privativa de libertad.

En cuanto al primer aspecto, la apropiación de un número mínimo de dos animales para que el autor incurra en delito, puede conducir a la siguiente situación: que la apropiación de un solo animal de raza o de alto valor genético (índice de su capacidad de producción) no daría lugar al delito de abigeato, pero sí lo sería si se tratara de la apropiación de dos o más animales de bajo costo económico o de muy escaso valor genético. El texto en vigor (art. 350), al emplear la voz “ganado” –pese a no superar la histórica discusión doctrinal habida en torno de dicha expresión-, mejora la redacción del tipo. No obstante, hubiera sido preferible un tenor como el de los Códigos de Argentina (art. 167 ter: “una o más cabezas...”) o Ecuador (art.199: “una o más cabezas...”), para así evitar problemas con el principio de proporcionalidad. La respuesta que encontró el legislador para esta cuestión fue convertir en una falta el apoderamiento o apropiación de una sola cabeza de ganado, conminándolo con una pena de contenido patrimonial (reparación económica), según puede leerse en el artículo 321 (abigeato menor); pero, la fórmula –según nuestro ver- no soluciona el problema mencionado precedentemente. Se suma a ello, la advertencia ante la no satisfacción de la reparación económica: prisión obligatoria, circunstancia notoriamente inconstitucional, tal como vimos en otras figuras ya analizadas. La reincidencia –como en otros casos- remite a lo establecido en el párrafo II del artículo 44.

En segundo lugar, el listado de animales contemplados en la norma es de carácter taxativo, de manera que en el futuro no podrá incluirse ningún otro animal que no pertenezca a alguna de las especies de las que están discriminadas en el tipo.

Finalmente, en tercer lugar, la posibilidad de convertir una pena pecuniaria en una de prisión, no parece ser la fórmula más adecuada en un Estado Constitucional de Derecho, en el que la prisión por deudas es rechazada absolutamente por el orden jurídico nacional y convencional (establece la Convención Americana sobre Derechos Humanos: "Nadie será detenido por deudas", art. 7.7.). En un mismo sentido, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art.11) y la Declaración Universal de Derechos del Hombre (art..25).

Las agravantes están tipificadas en el párrafo II del mismo artículo, con una pena máxima de ocho (8) años de prisión. El problema que se puede presentar con estas agravantes –que son figuras dependientes calificadas-, reside en que, para que resulten aplicables, deben darse todos y cada uno de los elementos de la figura básica, algo muy difícil de suceder con alguna de ellas, por ej. con las acciones descritas en el numeral 4, por cuanto se trata de conductas que, no solamente se autonomizan de la apropiación del ganado, sino que no resulta imaginable un apoderamiento ilegítimo de animales y su posterior faenamamiento, comercialización o transporte “con la autorización del propietario”. Ahora bien, si la norma hubiera prescrito “el hecho hubiese sido seguido de faenamamiento o comercialización, etc.”, entonces la situación hubiera sido diferente y, tal vez, más razonable.

AVASALLAMIENTO

El artículo 228 del Código del Sistema Penal recoge una fórmula que tipifica –no el delito de usurpación, en el sentido tradicional del vocablo, como lo hace el Código actual en el art. 351 (despojo)-, sino el delito de *avasallamiento*, con el siguiente texto:

- I. *La persona que, por sí o por tercero, mediante violencia, amenaza, engaño, abuso de confianza o cualquier otro medio similar, se apodere, invada u ocupe de hecho, total o parcialmente, tierras, bienes inmuebles individuales, colectivos, de dominio público, de patrimonio del Estado o de las entidades públicas o tierras fiscales, ejecute trabajos o mejoras o se mantenga en ellos contra la voluntad de quien tuviere posesión legítima o derecho sobre los mismos, o expulse a los ocupantes, perturbando o limitando el*

ejercicio de posesión legal, derecho propietario o autorizaciones, será sancionado con prisión de tres (3) a seis (6) años y reparación económica.

II. *La misma sanción se impondrá a la persona que, con el fin de quitar, apoderarse o invadir, en todo o en parte, un bien inmueble ajeno, suprima o altere los términos o linderos.*

III. *La sanción será agravada a prisión de cinco (5) a diez (10) años y reparación económica, si concurre alguna de las siguientes circunstancias:*

1. *El hecho fuere cometido por dos (2) o más personas*
2. *Se utilicen armas o material explosivo;*
3. *La víctima sea mujer, persona adulta mayor o persona con discapacidad grave;*
4. *La persona autora sea servidora o servidor público, en especial perteneciente a entidades relacionadas con el acceso a la tierra rural y urbana;*
5. *Se realicen trabajos que menoscaben la extensión o superficie del bien;*
6. *Se deteriore o destruya ecosistemas pre existentes; o,*
7. *Se afecte áreas productivas urbanas o rurales, zonas de recarga hídrica, servidumbres ecológicas, franjas de seguridad y otras áreas con protección legal.*

La nueva figura –como se puede observar- no regula en forma expresa el despojo usurpatorio de la propiedad, pero de su texto se puede inferir que alguna de las formas típicas previstas pueden asimilarse al despojo, en el sentido tradicional que ha tenido esta expresión (privación del goce material y efectivo del bien al anterior ocupante).

La particularidad que presenta el precepto reside en que, a diferencia del esquema del Código actual, reúne en una sola disposición distintas modalidades de despojo del derecho de propiedad, sea de personas individuales, de entidades colectivas, de bienes integrantes del patrimonio del Estado, de tierras fiscales, etc. Además, en el mismo artículo, párrafo II, contempla el delito conocido tradicionalmente como “usurpación de términos o límites”, mientras que en el párrafo III establece un particular y novedoso catálogo de agravantes, entre las que adquiere relevancia la mayor penalidad en razón de la calidad de la víctima (mujer, persona adulta mayor o con grave discapacidad).

Los artículos 229 y 230, tipifican los delitos de *tráfico de tierras* (art. 337 bis del Código en vigor) y de *usurpación de aguas* (art. 354 del Código en vigor).

Por último, el delito de *daño* –que está previsto en los artículos 357 y 358 del digesto actual- ha pasado a configurar una falta, en el artículo 318 del Código del Sistema Penal, con la sanción de reparación económica. En los casos de agravantes, se aplica, además, la pena de cumplimiento de instrucciones judiciales, y la reincidencia –como en otros casos similares- remite a lo establecido en el parágrafo II del artículo 44.