

Título: ¿Es "federal" nuestro Código Penal?

Autor: Bilczyk, Verónica

Publicado en: DPyC 2018 (octubre), 19/10/2018, 16

Cita Online: AR/DOC/1928/2018

Sumario: I. A modo de introducción.— II. Sobre el federalismo y las notas salientes de esta forma de Gobierno.— III. Sobre el Código Penal argentino. Análisis a la luz de la forma federal de Gobierno.— IV. Conclusión. Respuesta al interrogante planteado.

Análisis del Código Penal Argentino —y legislación procesal penal de la provincia de Buenos Aires— a la luz de la forma de Gobierno Federal y, fundamentalmente, de conformidad con lo estatuido en el Preámbulo y en los arts. 1º, 5º, 28, 31, 75 inc. 12, 116, 121, 122, 123 y 126 de la CN. Ello así, en pos de responder al interrogante propuesto en torno —fundamentalmente— a las normas del Código de Fondo Nacional que en materia penal fuera instrumentado en nuestra República como facultad delegada por las provincias a la Nación. (Trabajo realizado por la abogada Verónica BILCZYK. Agosto, 2018).

I. A modo de introducción

En este sentido, tal como fuera destacado en la rúbrica que encabeza el presente apartado, a modo de introducción, cabe señalar que en primer término serán desarrolladas aquellas cuestiones que se estiman vinculadas al tema escogido en esta ocasión; para así, tal como se adelantara, tratar de dar respuesta al interrogante formulado.

Es decir, principalmente, mediante el análisis de las disposiciones normativas que en el Código Penal se establecen y se encuentran o encontrarían en pugna con nuestra forma de Gobierno —en lo particular— con la que hace al sistema Federal de Gobierno, es que de seguido se procederá a exponer sucintamente las diversas cuestiones que serán tratadas en pos de responder a la inquietud planteada.

Así entonces, si bien en torno al "Federalismo", muchos son los temas que se podrían abordar, a lo largo de estas páginas el análisis se limitará a enunciar los aspectos esenciales de aquel —el Sistema Federal de Gobierno— para luego, señalar y en cierta forma vincular las cuestiones allí tratadas con la problemática que se ha seleccionado a tales fines para responder al interrogante expresado en el título que encabeza esta presentación.

Concretamente y, asimismo, como se expusiera en el subtítulo de esta presentación, a partir del análisis del Código Penal Argentino, a la luz del Preámbulo y de los arts. 1º, 5, 28, 31, 75 inc. 12, 116, 121, 122, 123 y 126 de la CN [\(1\)](#) —fundamentalmente— de conformidad con la manda constitucional contenida en y por el art. 75, inc. 12 de la Const. Nacional y que se relaciona con las restantes que fueran precedentemente mencionadas, es que se intentará demostrar cuáles parecerían ser las disposiciones normativas que, o bien lesionan tal facultad delegada por las provincias en y a la Nación (se hace referencia a la que responde al dictado de los Códigos de Fondo, entre otros, el Penal: art. 75, inc. 12, CN) y que —en su caso— deberían o —al menos— podrían ser declaradas inconstitucionales; o, en su caso —y también, al menos— pondrían en tensión al referenciado Sistema Federal de Gobierno imperante en nuestra República y que tantos años de "lucha" —en nuestra Historia Constitucional— costó consagrar.

Para ello, y sentado lo anterior, es que seguidamente —como fuera adelantado precedentemente— se efectuará una referencia expresa sobre cuestiones sustanciales que, en torno a la materia tratada —y planteada en la especie: el Federalismo— fueran desarrolladas por la Doctrina en materia constitucional; para lo cual, fundamentalmente, se mencionará la "opinión" de algunos de nuestros clásicos autores.

A tales fines cabe destacar que, en cuanto al análisis del Código Penal, sólo se referenciarán —oportunamente— las disposiciones normativas involucradas, evitando ahondar en demasía en torno a aquellas para no desviar el alcance que se pretende asignarle al presente trabajo.

II. Sobre el federalismo y las notas salientes de esta forma de Gobierno

En este orden de ideas, tal como se postulara en el acápite que antecede, a lo largo de este apartado se desarrollarán los aspectos sustanciales que a la cuestión conciernen. Veamos:

Sobre el Estado federal oportuno resulta destacar que "...lo que llamamos ahora Estado federal suele tener origen en una 'confederación de Estados' que concurrieron a la formación de una unidad nacional o supranacional... Estos Estados concurrieron como entidades independientes y soberanas, propias del derecho internacional, a la celebración de un pacto o tratado mediante el cual se creó, artificialmente, el vínculo jurídico indispensable para organizar un gobierno común (Suiza, Alemania). A lo largo del proceso histórico, estas confederaciones de Estados consolidan y adquieren la unidad suficiente para constituir un Estado federal

propriadamente dicho, al mismo tiempo que los Estados miembros dejan de ser independientes y su voluntad deja de ser soberana. Se forma así, una soberanía integral, absorbente, en la que se funde y disuelve la de cada una de las partes integrantes..." (2).

Justamente, y en lo particular, puede decirse que "...el régimen federativo argentino es —como dice Alberdi—, mixto de central y provincial. Conviene transcribir aquí sus palabras: "Todo poder —dice—, emana del pueblo. La soberanía le pertenece originariamente, pero el pueblo delega su ejercicio en autoridades que son su representación y que forman, por lo tanto, lo que se llama gobierno representativo. Es un sistema mixto de central y provincial, el pueblo divide en dos partes el ejercicio de su soberanía: ejerce una de ellas solidariamente con las demás provincias y desempeña la otra aislada y separadamente, por medio de autoridades locales, que gobiernan en los objetos particulares de las provincias— según esto, el pueblo de provincia no se desprende del poder que delega en el gobierno general y común, lo ejerce también por autoridades que son tan suyas como las de provincia. Todo el arte del gobierno representativo está reducido a establecer un cierto número de reglas que tienen por objeto garantizar el pueblo contra los abusos de sus mandatarios en el ejercicio de la soberanía que delega en ellos... Ya hemos visto que, para Alberdi, la Constitución no es un tratado ni un pacto. Las provincias son entidades históricas, pero la soberanía pertenece al pueblo todo de la Nación y no al pueblo de las provincias como entidades políticas. Nuestro régimen federativo no es ni puede ser copia del norteamericano, aunque tome alguno de sus principios fundamentales. Dos procesos históricos distintos deben necesariamente producir consecuencias políticas distintas..." (3).

Por tanto "...la Constitución Argentina es la consecuencia de un entendimiento o conciliación de dos tendencias políticas encontradas y también el equilibrio de fuerzas organizadas políticamente con el nombre de provincias, dentro de la Nación, cuya existencia es reconocida desde 1810 como una unidad real..." (4).

Sentado ello, adicionando entre otras consideraciones que "...si la voluntad constituyente de las provincias no ha puesto condición alguna al futuro ejercicio del poder constituyente nacional, que tiene ahora como único sujeto y titular al pueblo de la Nación Argentina, sin tener ya en cuenta para nada la voluntad específica de las provincias en que se dividió la Nación, y que luego formaron la Nación, es evidente que no hay pacto federal propriadamente dicho, susceptible de ser invocado y que requiera ser respetado... Las provincias han perdido, desde ese instante, la soberanía nacional, y sólo conservan el poder constituyente secundario y subordinado, a los efectos de su organización autonómica dentro de sus respectivas localidades... La República Argentina ha tomado de Suiza y Estados Unidos, el sistema en que las provincias conservan todo el poder no delegado al gobierno federal mediante la Constitución...En efecto, según el art. 104 de la CN, 'las provincias conservan todo el poder no delegado por esta Constitución al Gobierno Federal'. De manera que cuando un poder no aparece expresamente conferido al Gobierno Federal, corresponde a las provincias. Pero las provincias pierden, definitivamente y de un modo absoluto, todo poder que aparezca delegado en alguna cláusula constitucional (art. 108)..." (5).

Siendo que asimismo allí Sánchez Viamonte aclara "...La delegación de poderes hecha en el Gobierno Federal puede hallarse en el capítulo 'Declaraciones, Derechos y Garantías' de la Constitución, o en los relativos a alguno de los tres poderes del gobierno nacional. Y cuando la Constitución dice Gobierno Federal, sin especificar a qué rama se refiere, debe entenderse siempre que corresponde al Congreso, por tres razones: a) Porque el Congreso contiene la representación integral de la Nación: la del pueblo, en la Cámara de Diputados y la de las provincias, en el Senado; b) Porque el Congreso es el poder público que tiene atribuciones implícitas, conferidas en el inc. 28 del art. 67; c) Porque dicta las leyes que reglamentan la Constitución (art. 28)..." (6).

Por otro lado, cuando Sánchez Viamonte analiza el Federalismo argentino y el de Estados Unidos, entre sus semejanzas señala: "...a) Los Estados (EE.UU.) y las provincias (República Argentina) delegan en el gobierno federal los poderes necesarios para el desempeño de las funciones extendidas a todo el territorio de la Nación; b) Las provincias o Estados conservan el poder no delegado expresamente al gobierno federal por medio de la Constitución..." (7).

A su vez, sobre la forma Federal, Sánchez Viamonte agrega que "...la extensión del territorio perteneciente a la República Argentina y las dificultades de comunicación habían creado y organizado centros de gobierno en las ciudades en donde existían cabildos durante la Colonia, y fue costumbre denominar provincias a estas jurisdicciones político-administrativas..." (8).

Por lo demás, "...cuando en 1852 se realiza el Acuerdo de San Nicolás, son las provincias las que intervienen, mediante sus gobernadores, para dictar la Constitución y dar a la Nación la unidad jurídica que le faltaba... Todo el problema de la organización nacional consistía en dar solución a las dificultades del divisionismo, y complacer la sensibilidad tan susceptible de las provincias y de sus hombres representativos... Ésa fue la preocupación primordial de los constituyentes. Ése es el leit motiv de los debates, que trasciende del

texto de la Constitución..." (9).

Por tanto, y a mayor abundamiento, "...como lo dice el Preámbulo, el Congreso se reúne por voluntad y elección de las provincias. De esa suerte, queda establecido que la voluntad constituyente pertenece originariamente a las provincias, posteriores a 1810 pero anteriores a 1852. Esto basta para la configuración del Estado federal, pero de ningún modo autoriza a sostener que la República es una Confederación, porque las provincias no actuaron nunca como Estados soberanos e independientes, sino como entidades creadas dentro de la Nación y como partes integrantes de ella, circunstancialmente afectadas por conflictos internos. La Constitución no es un pacto entre Estados, por el cual se crea una confederación. Ni se puede decir que ella constituya el Pacto Federal, como se ha sostenido algunas veces... Como bien lo dice Alberdi, 'la Constitución Argentina no era un tratado de poderes independientes, y extranjeros los unos de los otros. Era la expresión de la voluntad unida de la Nación, conocida en ese carácter en el mundo, expresada por la mayoría del pueblo que la forma. Ninguna de las provincias de su dependencia territorial podía no asistir a su voluntad. Como ley de la Nación, por ser obra de la mayoría nacional, era y es obligatoria aun para los argentinos que no hubiesen tomado parte de su sanción. Pudo, según eso, abandonarse el requisito de la ratificación, más propio de las federaciones de Estados independientes, y sancionarse la Constitución Argentina, como sucedió a la de Chile, sin la ratificación expresa de los pueblos en cuyo nombre se daba...' (10).

En definitiva, siendo que las provincias devolvieron a la Nación el poder que ellas oportunamente ejercieron por falta de un gobierno central, Sánchez Viamonte, sostiene a su respecto que, "...por medio de este acto, que consiste en reunir el Congreso y constituirlo con sus delegados, las provincias delegan o transfieren todo el poder y voluntad constituyentes que se habían arrogado durante las luchas internas de la organización nacional. Entregan a los representantes del pueblo de la Nación Argentina el poder que cada una de ellas había ejercido mientras faltó la autoridad central, y los autorizan a dictar una Constitución para dar a la Nación su forma de gobierno y establecer el poder del gobierno nacional, sin perjuicio de que las provincias conserven todo aquel que no fuere expresamente delegado por medio de la Constitución (art. 104)... Esta fórmula allanaba las dificultades. No fue inventada por los constituyentes, la adoptaron tal como la habían encontrado en Estados Unidos, pero la Constitución tomó a su cargo el establecer en qué condiciones y en qué medida se hacía la adopción del sistema..." (sic) (11).

Efectuadas estas referencias, en torno a las opiniones que al respecto Sánchez Viamonte esgrimiera, seguidamente se destacará la opinión de la Dra. María Angélica Gelli, quien al comentar el art. 1º de la CN y abocarse a tratar —en lo particular— al Federalismo y, concretamente, al tratar los "Principios generales", destaca: "...Jurídicamente, el Estado federal supone la existencia de más de un centro territorial con capacidad normativa, en el que se equilibran la unidad de un solo Estado con la pluralidad y autonomía de muchos otros... Este sistema, que en la Constitución argentina tiene perfiles propios que lo diferencia de su modelo norteamericano, plantea varios interrogantes referidos a tres tipos de relaciones que se establecen en la estructura federal. Relación de subordinación de los Estados locales —provincias— al Estado federal, según se define en los arts. 5º y 31 de la CN; relación de participación, cuyo ejemplo más claro es la composición del Senado que representa el equilibrio de los Estados pequeños y grandes, defendiendo en un pie de igualdad sus intereses y colaborando en el Gobierno legislativo de la Nación; y relaciones de coordinación que hacen a la distribución de competencias, exclusivas, delegadas, reservadas y concurrentes... Para responder los múltiples interrogantes que plantean estas relaciones en la acción política concreta puede partirse de la finalidad del federalismo. Concebido, históricamente, como una transacción de Estados pequeños y grandes que desean constituir la unión nacional —política— y la federación jurídica, puede interpretárselo también, como una de las formas de división del poder para mejor asegurar el ejercicio de las libertades públicas..." (12).

Asimismo, en cuanto a la división de competencias, la Dra. Gelli sobre los Códigos de fondo y las constituciones provinciales recalca que "...el alcance y extensión del federalismo en la Constitución Nacional se diferencia de su modelo norteamericano —esta más federal—, pues toda la legislación sustantiva o de fondo se delegó, en el caso argentino, al Congreso Federal (art. 75, inc. 12, antes art. 67, inc. 11 de la CN). Es esta una facultad expresamente delegada por las provincias cuyo ejercicio le es prohibido a los Estados locales..." (13).

A su vez, la Dra. María Angélica Gelli, al comentar el art. 75, inc. 12 de la CN, señala: "...La cláusula de los códigos y la jurisdicción local. La disposición delimita un doble orden de competencias. En primer lugar, discierne en la legislación que corresponde dictar al Congreso, la normativa común u ordinaria, de las leyes federales o especiales. En segundo término, distingue la atribución legislativa —a cargo del Poder Legislativo federal— de la atribución jurisdiccional, al cuidado, en principio, de los Estados locales... Las materias que integran la cláusula de los códigos o derecho común y las normas federales son tan amplias que concentran en el Poder Legislativo una sustantiva cuota de poder unitario. El hoy art. 75, inc. 12, diferencia significativamente el sistema federal argentino del sistema norteamericano, cuya fuente fue tenida en cuenta para disponer otras

características de esa forma de Estado. En efecto, la legislación de fondo u ordinaria en los Estados Unidos es estadual o local, tanto como para que, p. ej., diferentes estados dispongan la pena de muerte para determinados delitos en sus leyes penales y otros no contemplen esa sanción... En cambio, en la República Argentina la legislación común es uniforme. El Congreso puede sancionarla dictando los Códigos Civil, Comercial, Penal, de Minería, y del Trabajo y Seguridad Social —este último incorporado en la reforma constitucional de 1957— o mediante leyes que reglamenten esa materia. Sancionados los Códigos en cuerpos separados o unificados, el Poder Legislativo puede dictar leyes modificatorias o ampliatorias sobre los asuntos indicados, que se integran —formal o materialmente— a esos cuerpos normativos... Como es sabido, la codificación implica el intento de ordenar en un solo cuerpo legal, racional y consistentemente, una determinada materia, a fin de evitar contradicciones y lagunas jurídicas..." (14).

En este sentido, la Dra. Gelli agrega: "...La atribución de dictar los Códigos sustantivos constituye una competencia delegada en el Poder Legislativo federal y exclusiva de este...Sin embargo, la diferencia entre la atribución del Estado Federal y la de los Estados locales es, en ocasiones, una cuestión de grado ardua de determinar la que, finalmente, es precisada por la interpretación judicial en los casos concretos... Como se dijo más arriba, el art. 75, inc. 12 de la CN, diferencia la atribución para dictar normas de derecho común y de derecho federal —a cargo del Poder Legislativo— de la atribución jurisdiccional para resolver conflictos sobre la primera de esas materias, a cargo, en principio, de los Estados locales. Dicho de otro modo, y en concordancia con lo dispuesto en los arts. 5º, 116 y 122 de la CN, las provincias se reservaron la aplicación de la ley común por sus respectivos tribunales locales y, por interpretación extensiva, la sanción de sus códigos de forma, a fin de regular el pertinente procedimiento judicial. La reserva mencionada proviene de la reforma constitucional de 1860, que acrecentó las atribuciones expresamente preservadas para sí por las provincias. No obstante, la distinción entre normas sustantivas y disposiciones procesales no siempre es suficientemente clara, más allá del cuerpo normativo en la que estén incorporadas..." (15).

Justamente, frente a esta observación que efectúa la Dra. Gelli es que oportunamente, en el apartado siguiente, se procederá a desarrollar el análisis de la normativa penal que se advierte implicada en la cuestión escogida para la realización del presente trabajo. Es decir, si todos los supuestos contemplados en el Código Penal responden precisamente a disposiciones sustanciales y/o si las cuestiones procesales no se cueñan entre ellas; como así también si la ley es provincial (a contrario) si no se atribuye facultades expresamente delegadas al Gobierno central.

Así entonces, sentado lo anterior y en este mismo orden de ideas, Humberto Quiroga Lavié, Miguel Ángel Benedetti y María de las Nieves Cenicacelaya se abocan a analizar el capítulo relacionado a la forma Federal de Gobierno y, concretamente, sobre el Estado Federal argentino, señalan: "...El Estado federal: es el modo que adopta la subestructura orgánica en relación con la forma de Estado. En tal sentido, el federalismo es el género que califica todo el funcionamiento institucional del Estado, más allá de que en la realidad se verifique o no el programa normativo..." (16).

Los autores mencionados precedentemente, robusteciendo las cuestiones hasta aquí abordadas, en cuanto a sus características, allí agregan: "...en el Estado federal coexisten dos jurisdicciones (le damos a este vocablo el sentido amplio equivalente a poderes en el Estado). Ellas son: la del Estado federal y las de los Estados miembros (provincias y Ciudad de Buenos Aires)... El Estado federal tiene como ámbito especial de validez la totalidad del territorio del país; como ámbito personal de validez, a toda la población que habita ese territorio y a los órganos públicos que forman a la estructura federal del gobierno, y como ámbito material de validez, a los intereses comunes que excedan los intereses locales... Los Estados miembros tienen como ámbito territorial el propio de cada entidad local, como ámbito personal, a su respectiva población y a los órganos públicos que forman la estructura local de gobierno, y como ámbito material, los intereses locales y propios de cada uno... Relaciones del Estado federal y los Estados miembros: entre ambas jurisdicciones se entabla un cúmulo de relaciones de diversos tipos que permiten su convivencia armónica donde cada uno de ellos posee competencias definidas en la propia Constitución Federal, según los intereses comunes o locales que defienden..." (17).

También allí los autores destacan, entre las características del federalismo, que este sea no sólo igualitario, sino republicano y, en torno a la "desfiguración del mismo", concretamente, afirman que "...múltiples factores han ido desvirtuando, con el paso del tiempo, la idea rectora que animó a los constituyentes cuando estructuraron el Estado federal argentino... En suma, sin perjuicio de la influencia institucional, la dependencia económica-financiera de las provincias respecto del Estado federal es, no cabe duda, el factor determinante de esta desvirtuación..."; como así también que, en cuanto a "...la reforma del 1994 y el federalismo: esta reforma constitucional ha procurado colocar en mejor situación a las provincias frente al federalismo de concertación antes descrito... Todo ello con el objetivo de que las normas contribuyan a revertir la tendencia centralizadora de los hechos..." (18) (en ese sentido, podría agregarse a la CABA, antes inexistente como tal, claro está, hasta el

reconocimiento que a su respecto se efectúa en 1994).

En cuanto a las provincias, los autores aquí citados —en último término— las califican como "...unidades políticas —iguales e indestructibles— de la federación que se organizan autocéfala y autónomamente, de acuerdo con las atribuciones establecidas en la Constitución Nacional..." (19).

Así entonces, sentado lo anterior y, en cumplimiento de la idea originariamente establecida en pos de traer a colación la opinión que en torno a la temática abordada expusieran los autores clásicos, no puede más que continuarse en la línea trazada y mencionarse la opinión de Joaquín V. González quien, en lo particular, sostuvo: "...Estado Nacional y estados provinciales... la palabra Nación ha sido adoptada también para distinguirla de 'las provincias que la componen', según el Preámbulo, y que son sujetos de derecho, con voluntad para elegir sus representantes en el Congreso General Constituyente que ordenó, decretó y estableció la Constitución para Nación Argentina. Luego, dentro de la Nación existen otras entidades capaces de dictar la ley fundamental, que reconocen una existencia anterior a dicha ley, a cuyo efecto concurrieron 'en cumplimiento de pactos preexistentes, con el objeto de constituir la Unión Nacional'— este aspecto de nuestro estudio es de la mayor importancia y gravedad porque afecta los fundamentos de la actual organización..." (20).

En este sentido, "...ni del estudio histórico, ni de las palabras de la Constitución, se desprende que la Nación o las provincias hubiesen existido primero, porque desde la fundación de las colonias del Río de la Plata, el territorio fue dividido, en mayores o menores porciones, del mismo modo que lo está hoy; sin que las sucesivas divisiones hubiesen sido obra de otra cosa que de la propia vida y crecimiento de cada centro político, ciudad o villa y sin que jamás ninguno de ellos hubiese salido de los límites de todo el conjunto que, desprendido en 1810 de la Metrópoli, se erigió en Nación independiente. Coinciden, pues, en este punto, los antecedentes históricos y las condiciones físicas, es decir, que lo que es hoy la Nación Argentina ha estado siempre establecida en el territorio que ocupa y le pertenece, y en mayor extensión todavía, desmembrado en diversas épocas por razones históricas..." (21).

Asimismo, adentrándose en el análisis del significado de "provincias", Joaquín V. González postula: "...las segregaciones de provincias, ya aisladamente, ya formando ligas parciales, que vemos desde 1820 a 1860, nunca se realizaron en desconocimiento de su dependencia de una misma Nación, que todos deseaban ver constituida, es decir, organizada en un gobierno general y común para todo el territorio que comprendía, reservándose ellas a su vez la parte de capacidad y facultades para el gobierno, dentro del propio territorio, que no era necesario conceder para la existencia de aquel gobierno común. En este punto de nuestro sistema político, los autores de la Constitución Argentina coincidieron con la de los Estados Unidos en cuanto a las condiciones fundamentales para formar un Estado federal, y que un autor moderno reduce a dos: 'En primer lugar, debe existir un conjunto de comarcas fuertemente constituidas por lazos de localidad, de historia, de raza y otros semejantes, capaces de realizar empresas mediante reuniones más o menos íntimas. En segundo, es necesario que entre los habitantes de las diferentes comarcas locales haya lo que se dice y llama sentimiento federal, es decir, el deseo de la unión pero no el de la unidad... Definición que parece arrancada de nuestra historia constitucional, en la que, puede decirse, que el voto de las provincias era constantemente este: 'queremos la unión, pero no la unidad del régimen'. La unión se forma de varios Estados, personalidades, hechos, dueñas de voluntad y fines políticos colectivos; la unidad suprime los Estados para sólo dar existencia a un solo Estado, a un solo gobierno..." (22) (23); aspectos estos últimos por demás esenciales para comprender debidamente el alcance con el que debe leerse a nuestro Sistema Federal de Gobierno.

Por lo demás, Joaquín V. González agrega que, según el texto de nuestra carta magna, "...se encuentra en la Constitución argentina esta misma idea de la coexistencia del Estado-Nación con los Estados-provincias en todo el cuerpo de sus disposiciones, pero especialmente en el Preámbulo. Conforme con la doctrina norteamericana ha querido que hubiese una Nación de todas las provincias, y provincias de la Nación, de tal manera que formasen una sola personalidad en el gobierno del todo, y que los gobiernos locales fuesen armónicos y conformes con el del conjunto, fortaleciendo su autoridad en toda la extensión que le estaba atribuida. Esto quiere decir que un solo pueblo forma la Nación y las provincias y da existencia separada, pero correlativa, a los poderes nacionales y a los provinciales. La unión es de tal naturaleza, después de consolidada por la Constitución, que cuando una provincia ha entrado en la Nación o una porción de territorio se agrega a ella por cualquier título, se considera como formando el mismo cuerpo, sin lugar a revocatoria ni renuncia. Puede aplicarse, por lo tanto, a nuestro país, lo que un comentador de la Constitución de los Estados Unidos dice del suyo: que 'la Constitución en todas sus cláusulas se propone fundar una Unión indestructible, con Estados indestructibles'. Siendo el mismo pueblo el que hace la Nación y las provincias, e impone el sello de su soberanía a todas y cada una de las partes del territorio, o donde rigen y existen las instituciones creadas para la una y las otras, en armonía y coexistencia, las ofensas a la soberanía de la Nación hieren a las provincias, y las que se dirigen contra cada provincia hieren a la Nación. También importa grabar en la conciencia el principio de

que la unidad del territorio no es una condición esencial para la existencia de la Nación, ni para el vínculo federal de las provincias, porque la base de la idea de nación es la comunidad de los hombres en una sola existencia política; y así, pueden existir naciones compuestas de diversos territorios separados por ríos, mares, lagos, montañas, y formarse de continentes e islas, así como de dos o más naciones puede formarse una sola, siempre que concurren los caracteres del derecho interno y externo de cada una..." (24).

Así entonces, so riesgo de resultar sobreabundante, para clarificar lo hasta aquí señalado y, a mayor abundamiento, sobre las unidades de la Constitución, se considera relevante traer a colación lo que agrega el destacado autor "...la mejor fuente de comentarios para nosotros es la Constitución misma, y ella nos ha de explicar lo que se entiende por Nación y provincias y el modo o género de unión entre ellas. En ninguna de las cláusulas las define expresamente, pero del conjunto de sus disposiciones se desprende con claridad la naturaleza del vínculo que las liga. Donde más visible está su sentido es en la introducción del Preámbulo, que debe leerse con marcada atención sobre cada uno de sus períodos: a) 'Nos los Representantes del Pueblo de la Nación Argentina'. El pueblo constituye originariamente la Nación. b) 'Reunidos en Congreso General Constituyente'. Asamblea de los representantes de todo el pueblo para dar la Constitución general, organizar el gobierno común. c) 'Por voluntad y elección de las provincias que la componen, en cumplimiento de pactos preexistentes'. El mismo pueblo que por su voluntad soberana, expresada por medio de la elección, se hace representar en su soberanía originaria y en su carácter de provincias y gobiernos preestablecidos, por personas que han de formar la Constitución y sancionarla en su nombre: provincias que tenían capacidad política para establecer pactos. d) 'Con el objeto de constituir la Unión Nacional', no la unidad nacional. e) 'Ordenamos, decretamos y establecemos esta Constitución para la Nación Argentina'...Esto es, el pueblo de la Nación, que es también el pueblo de las provincias ya establecidas, hace su propia Constitución, resuelve organizar su gobierno para la Nación y las provincias..." (25).

Por lo demás, en cuanto al Gobierno así establecido postula: "...Todas estas unidades orgánicas llamadas Nación, Estado, provincia, en cuanto se componen de individuos, reunidos bajo un régimen común, con el objeto de ayudarse y prosperar por sus esfuerzos combinados, necesitan crear un Gobierno. Por esta palabra se entiende, el conjunto de funcionarios que ejercen los poderes indispensables y necesarios para los fines de la comunidad, establecidos en sus leyes fundamentales o constituciones..." (26).

Ahora bien, también Joaquín V. González adiciona un aspecto que se considera por demás relevante. Se hace referencia a las necesarias distinciones que al respecto cabe efectuar y al respecto aduce: "...El gobierno no es la Nación. Esta forma u organiza el gobierno bajo cuyo régimen desea existir o desenvolverse, y le da sus poderes por medio de la Constitución para que ejerza autoridad sobre los individuos, aislada o conjuntamente. Así, la Nación puede cambiar su gobierno por los procedimientos que ha creado, y por ellos también remover y destituir las personas que lo desempeñan, tampoco se puede decir que la Constitución es el gobierno, porque este se halla subordinado a ella y tiene sus poderes por ella conferidos y enumerados, y porque los gobernantes pueden apartarse de la Constitución, cometer crímenes contra ella, mientras que la Constitución contiene poderes para cambiarlos. Estos no pueden alterar la Constitución en ningún caso ni forma porque es la ley de la Nación, y sólo esta dicta la ley... El gobierno es una combinación múltiple y compleja de funciones, deberes y acciones dirigidos al bien común, regidos por la Constitución y sujetos a responsabilidades por la parte que han excedido o contravenido a los poderes que ella ha otorgado; comprende todos los asuntos de la Nación y de las provincias cuando se realizan en cumplimiento de la Constitución general, y sólo de una u otras cuando se concretan a los límites marcados a cada una por sus propias constituciones. Hay, así, gobierno nacional y gobierno de las provincias, que reunidos forman el sistema de gobierno de toda la nación..." (sic) (27).

Por lo demás, entre los caracteres de la Nación, Joaquín V. González, destaca "...La forma de gobierno adoptada por la Nación tiene tres caracteres fundamentales, que especialmente la definen, y son: 1. Representativa... 2. Republicana... 3. Federal, o sea formado por la unión de las provincias que componen la Nación, de la que resultan dos órdenes de gobiernos soberanos, cada uno en su esfera, el nacional o federal y el de las provincias..." (28).

Si bien con lo hasta aquí reseñado podría resultar suficiente, a los fines expositivos, para complementar lo abordado hasta este punto se traerá a colación la postura esgrimida por Juan A. González Calderón quien desarrolla entre otras cuestiones, las siguientes "...El Estado federal, al contrario, es creado por la voluntad de una Nación soberana, como claramente lo expresa el preámbulo de nuestra Constitución... El federalismo estaba impuesto por los antecedentes del país, por su propia constitución orgánica, como lo ha demostrado la verdadera interpretación histórica... Es conocida la síntesis de Alberdi, tenida muy en cuenta por los constituyentes del 53. 'Estando, pues a la ley de los antecedentes y al imperio de la actualidad —concluía— la República Argentina será y no podrá ser menos que un Estado federativo, una República nacional compuesta de varias provincias a la vez, independientes y subordinadas al gobierno general creado por ellas. Gobierno federal, central o general,

significa la misma cosa en la ciencia publicista. Una federación concebida de este modo, tendrá la ventaja de reunir los dos principales rivales en el fondo de una fusión que tiene su raíz en las condiciones naturales e históricas del país y que acaba de ser proclamada y prometida a la Nación por la voz victoriosa del general Urquiza... El Congreso del 53, con clarísima visión política, adoptó por unanimidad el régimen federal, de acuerdo con el informe de la comisión, donde esta había dicho al respecto que ese régimen era la base del proyecto que había concebido..." (29).

Asimismo allí se agrega que, en cuanto a la Federación pura, "...al órgano central de una federación no se relaciona ningún imperium sobre los estados que la han constituido... Las provincias argentinas, como antes lo he dicho, crearon y vivieron desde 1831 hasta 1853 una federación, por convenio o pacto expreso; lo que pudieron lícitamente hacer, porque tenían plenos poderes inherentes, que aún no habían delegado a un gobierno central para arreglar su condición política, con entera libertad, manteniendo intacto el vínculo sagrado de la nacionalidad común que las unía desde su independencia... sobre aquel célebre tratado, en el cual se encuentran todos los caracteres del sistema de federación pura, que subsistió hasta 1853, cuando el pueblo de las provincias, esto es 'el pueblo de la Confederación que componen las provincias —frase del preámbulo— constituyó y organizó, por medio de sus representantes reunidos en Congreso, el Estado federativo..." (30).

Sobre el Estado Federal, particularmente, agrega: "...Las provincias, pues, no son los jueces o intérpretes finales de la Constitución federal, porque esta no es un pacto o convenio celebrado por ellas; es el poder judicial federal, instituido por aquélla, su intérprete definitivo, en todos los casos que motivare su aplicación práctica... Los Estados o provincias conservan todos los poderes inherentes que no hayan delegado por la Constitución al gobierno federal. Tal reserva de poderes es indefinida, en unos casos de federalismo, o es definida en otros... En resumen: en cuanto a la regla general para deslindar los poderes del gobierno federal argentino y los de las provincias, que son inherentes a una plena capacidad de gobierno, sin más limitaciones que las establecidas expresamente por aquélla o que sean consecuencias necesarias de la delegación de ciertos poderes al gobierno federal..." (31).

Por otra parte, en cuanto a la indestructibilidad de las provincias, afirma que "...jurídicamente las provincias son indestructibles, no pueden ser suprimidas contra su propia voluntad..." (32); mientras que, sobre los "derechos de las provincias" —entre otras consideraciones— menciona que "...las provincias conservan todos los poderes que tenían antes de la sanción de la ley suprema y que no hayan sido delegados por esta al gobierno federal, de modo expreso o por necesaria y conveniente implicancia (arts. 104 y 67, inc. 28). No ejercerán, pues, los poderes conferidos a la Nación (art. 108)..." (33).

Por lo demás, en torno a la clasificación de los poderes en nuestro "régimen federativo" (tal como dicho autor lo describe), distingue entre "...1) poderes delegados al gobierno federal solo; 2) Poderes conservados por las provincias. 3) Poderes concurrentes, es decir, aquellos que pueden ser ejercidos simultáneamente por el gobierno federal y por las provincias. 4) Poderes prohibidos al gobierno federal; 5) Poderes prohibidos a las provincias; 6) Poderes prohibidos a ambos órdenes de gobierno..." (34).

De esta manera, al preguntarse qué son las provincias en nuestro derecho público, el autor sostiene, entre otros aspectos que "...nuestras provincias no son divisiones administrativas de la Nación... yo diría que las provincias son las unidades orgánicas e indestructibles, con poderes inherentes, para gobernarse según las formas establecidas por sí mismas dentro de las condiciones fundamentales determinadas en la Constitución federal (art. 5º), y con todo el poder que no han delegado al gobierno de la Nación (art. 104). Esta definición surge, evidentemente, del preámbulo de la Constitución y de los citados arts. 5º y 104..." (35).

En cuanto a los poderes inherentes de las provincias añade que aquellas "...se reservaran todos los poderes que no tenían carácter nacional. El art. 104 de la Ley Suprema lo dice claramente: 'Las provincias conservan todo el poder no delegado por esta Constitución al gobierno federal, y el que expresamente se hayan reservado por pactos especiales al tiempo de su incorporación... El texto proyectado por Alberdi estaba concebido en estos términos: 'Las provincias conservan todo el poder que no delegan expresamente a la Confederación' (art. 99). Parece que Alberdi, aunque inspirándose en la enmienda 10ª de la Constitución norteamericana, se atuvo más bien al sentido y a la forma del IIº de los 'Artículos de Confederación', de 1781. En efecto: la enmienda 10ª dice: 'Los poderes no delegados a los Estados Unidos por la Constitución ni prohibidos por esta a los Estados, están reservados a los Estados, respectivamente, o al pueblo'. El IIº de los Artículos de la Confederación, decía: 'Cada Estado retiene su soberanía, su libertad e independencia, y todos los poderes, jurisdicción y derechos, que por esta Confederación no estén expresamente delegados a los Estados Unidos... El Congreso de Santa Fe quitó del artículo el adverbio expresamente y modificó un tanto su redacción: 'Las provincias conservan todo el poder no delegado por esta Constitución al gobierno federal'. Finalmente, la Convención de 1860 agregó el último período, que hace alusión a pactos especiales... La primera duda que para algunos se presenta sobre quién hace la delegación de poderes... En el proyecto de Alberdi la respuesta saltaba a la vista: eran las provincias las que

delegaban: conservan todo el poder que no delegan, decía el texto. Pero ahora, este —como la enmienda 10ª— dice en apariencia otra cosa: conservan el poder no delegado por esta Constitución; de donde se ha deducido que tanto los poderes del gobierno federal, como los poderes de las provincias, son delegados 'por la Constitución'. No es ese el sentido de la cláusula. Los poderes del gobierno federal son delegados por las provincias todas, por las provincias Unidas que componen la Nación. Ninguna de ellas como soberana, ni todas como individualmente como soberanas, hicieron tal delegación, aunque se trata de poderes de carácter nacional que, por hallarse ellas en situación extraordinaria a raíz de la revolución, asumieron por ser poderes inherentes y ejercieron en defecto de un régimen constitucional para la Nación. 'La soberanía política absoluta —decía el Congreso Constituyente— no pertenece ni puede pertenecer de derecho a ninguna de las provincias argentinas; porque todas conquistaron el territorio en común; porque son solidarias en sus reveses y en sus glorias, y porque el martirio las ha fraternizado... Para la comisión que preparó el proyecto de Constitución sancionado en 1853 la cuestión no ofrecía dificultades... Claro está que la delegación de poderes que hacen las provincias comprende no sólo los que expresamente están especificados en la Constitución como pertenecientes al gobierno federal, sino también los que son una consecuencia necesaria de los poderes delegados o que 'implícitamente' son conferidos como medios para poner a los primeros en acción. La Constitución argentina es más liberal que su modelo en la adjudicación de dichos poderes implícitos, pues mientras la norteamericana faculta al Congreso 'para dictar todas las leyes que fueren necesarias y convenientes para poner en ejecución los poderes antecedentes, y todos los otros poderes investidos por esta Constitución en el gobierno de los Estados Unidos, o en alguno de sus departamentos o empleados del mismo' —la nuestra lo faculta 'para hacer todas las leyes y reglamentos que sean convenientes para poner en ejercicio los poderes antecedentes, y todos los otros concedidos por la presente Constitución al gobierno de la Confederación Argentina...' (36).

En cuanto a los poderes expresamente reservados se aclara que "...la segunda parte del art. 104 hace referencia a 'pactos especiales', por los que una provincia se haya reservado expresamente ciertos poderes al tiempo de su incorporación..." (37).

Por otro lado, en torno a los poderes expresamente prohibidos se aduce que "...establecido en el art. 104 el principio general, que asegura la efectividad de los poderes indefinidos que las provincias conservan, la Constitución, en el art. 108, enumera taxativamente los poderes que les están prohibidos. Esa enumeración es necesaria, porque podría entenderse que la delegación de un poder cualquier en el gobierno federal no significa la prohibición correlativa de su ejercicio a las provincias, so pretexto de que éstas se hubiesen reservado una acción concurrente para ese caso. La Constitución ha querido imposibilitar tales dudas respecto de los poderes delegados, y en el citado artículo especifica las prohibiciones..." (38).

Por último, en este sentido —claro está— en relación con los poderes concurrentes se afirma que "...en un sentido general, podría decirse que tanto los poderes de la Nación como los de las provincias son concurrentes en la realización de los fines o propósitos de la organización constitucional, declarados en el preámbulo de la ley suprema; pero en un sentido técnico, esas palabras; 'poderes concurrentes' significan que, en determinados casos, ciertos poderes pueden ser a la vez ejercidos por la Nación y por las provincias. Son consecuencia tales facultades concurrentes de la armonía de conjunto, de la unidad de fines y concordancia de propósitos que supone nuestro régimen de gobierno..." (39).

González Calderón a su vez reflexiona en relación con lo que podría estimarse como la "regla general para deslindar los poderes de la Nación y de las provincias", y en torno a ello sostiene que "...el art. 104 de la Constitución es el que determina el criterio que debe guiar al intérprete para la clasificación de los poderes de gobierno. Dicho artículo significa que la Constitución es una concesión de poderes al gobierno federal y fija, a la vez, una regla para deslindar lo que incumbe a la Nación de lo que corresponde a las provincias. Según el mismo artículo, el gobierno de provincia es lo común, lo ordinario, lo general; en tanto que el gobierno federal es lo extraordinario, la excepción... Así pues será necesario encontrar en la Constitución delegado expresa o implícitamente al gobierno federal o a alguno de sus departamentos el poder de que se trate, para decir que le corresponde: todo lo que está allí comprendido, específicamente o por implicancia, como perteneciéndole, es de las provincias; y al revés, será preciso probar que a éstas les ha sido expresamente prohibido el poder de que se trate para decir que les corresponde: ellas conservan todo el poder no conferido al gobierno de la Nación... De manera que cuando sea opuesta a una ley de la Nación una Constitución o ley de provincia no deberá el intérprete dar por suprema y única valedera la primera de éstas, sino plantearse ante todo estas dos preguntas: 1ª. ¿Esa ley ha sido sancionada por el Congreso en consecuencia de la Constitución?, en otras palabras, ¿en virtud de los poderes que le son conferidos? 2ª. ¿Esa ley versa sobre la materia de jurisdicción concurrente? —En seguida examinará las dos cuestiones anteriores y si la decisión de la primera es negativa dará la preferencia o supremacía la Constitución o ley de la provincia, y viceversa; si la decisión de la segunda es afirmativa, la dará a cada ley en su jurisdicción respectiva. En todo caso es la supremacía de la Constitución Federal que triunfa..."

(40).

Precisamente, sentado lo anterior (es decir, referenciados los criterios doctrinarios que deben regir la cuestión sometida a tratamiento en torno al Sistema Federal de Gobierno imperante en nuestra República) y, en correlación con lo dispuesto por el art. 31 de la CN —y el control de constitucionalidad que en cada caso podría llevarse adelante— en el apartado siguiente, se procederá a mencionar la normativa que podría colisionar con —justamente— la normativa consagrada a tales fines en nuestra Constitución Nacional y que fuera referenciada en el subtítulo de esta presentación.

III. Sobre el Código Penal argentino. Análisis a la luz de la forma federal de gobierno

Ahora bien, tal como fuera oportunamente adelantado se procederá al análisis de la normativa penal que podría en su caso poner en crisis al Sistema Federal de Gobierno reinante en nuestra República, haciendo a su vez referencia —cuando así correspondiera— a la normativa provincial (de la provincia de Buenos Aires) que en lo particular —en materia penal— pudiera en su caso ocasionar idénticos reparos.

En cuanto a la prescripción de la acción penal [arts. 62/64 del Cód. Penal (41)] y de la pena [arts. 65/67 del Cód. Penal (42)], adecuado resulta señalar que el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, a diferencia del Código Penal argentino parecería respetuoso del Sistema Federal de Gobierno o, al menos "más" respetuoso que el Código Penal; ello así, si en ese sentido pudieran ser clasificados aquellos, según categorías de "respeto" (en más o en menos).

Justamente, se pasará a demostrar o por lo menos tratar de explicitar, la conclusión que a su respecto tan fervientemente se expone.

En este sentido, el art. 2560 del Cód. Civ. y Com. de Nación estipula, en torno a los plazos de prescripción un plazo genérico y una "correcta" excepción. Concretamente, allí se consagra: "...Plazo genérico. El plazo de la prescripción es de cinco años, excepto que esté previsto uno diferente en la legislación local". Es decir, la reglamentación en el Código Civil y Comercial de Nación explícitamente reconoce la legislación provincial (léase local), dándole prevalencia —en su caso— al plazo de prescripción allí dispuesto.

Frente a ello si bien implícitamente estarían reconociendo que el "asunto" de la prescripción es "algo" que debe ser reglamentado por las provincias; en relación con la postura absolutista sentada por el Código Penal, implica un avance que debería al menos ser imitado.

Por tanto, si bien el art. 75, inc. 12 de la CN tiene una "nota unitaria", puntualmente, la referencia al "reconocimiento" efectuado al respecto por el propio Alberdi, pensando ello en pos de la igualdad (aunque obviamente así expresamente no lo dijera o al menos no con el alcance que aquí se le atribuye), como "excusa o fundamento" para justificar la reglamentación de cuestiones procesales en el Código Penal tal como aquí se está analizando (y en cierta forma también lo destacara la Dra. Gelli, quien fuera citada en esta presentación); se advierte, a su vez, que en nuestra arraigada tradición jurídica es aceptado sin más, es decir —a esta altura— se naturalizan estas cuestiones, pero no por ello no han de ser cuestionadas cuando así correspondiere, tal como acontece en la especie.

Que, en relación con el art. 10 del Cód. Penal (43), sobre la pena de reclusión o prisión domiciliaria, cabe preguntarse si resulta razonable que el Código Penal reglamente el modo de cumplimiento de la pena privativa de la libertad.

Al respecto, de conformidad con las posturas doctrinarias referenciadas a lo largo del acápite que antecedente ello —en principio— parecería que implicase un "exceso" del Legislador Nacional pues parecería que no representase estrictamente una cuestión sustantiva sino procesal.

La pena que tendrá que cumplirse (en cuanto a su especie y monto), claramente importa una delegación de facultades por las provincias a la Nación, concretamente al Congreso Nacional, mas el dónde (prisión domiciliaria o no), ya es una cuestión que excede dicha delegación (en el mismo sentido, reparos de similar tenor podrían efectuarse en torno a lo dispuesto en y por los arts. 5° a 9° del Cód. Penal), más aún teniendo en consideración nuestro Bloque de Constitucionalidad en donde, fundamentalmente, se prevé entre otros la CADH, el PIDCyP y el PIDESC los derechos allí referenciados o, mejor dicho, las situaciones de especial vulnerabilidad contempladas en el artículo bajo análisis, normativa a la que las provincias deberían adecuar su legislación ritual para, en consecuencia y de ese modo garantizar en su legislación interna el acceso de aquellos sujetos a tal régimen de cumplimiento de la pena.

En este sentido, vale como ejemplo señalar no sólo el art. 170 del Cód. Proc. Penal de Buenos Aires (44), si bien en relación con la excarcelación extraordinaria, que contempla las condiciones personales del imputado para su concesión; sino entre otros y asimismo, lo dispuesto por el art. 371 in fine del Cód. Proc. Penal de Buenos Aires (45) y, fundamentalmente lo dispuesto por la ley 12.256 de Ejecución Penal Bonaerense, en cuanto

prevé, conforme art. 2º [\(46\)](#) cuál es la única ley aplicable (más allá de lo que oportunamente se aducirá al respecto, al analizar el art. 41 bis de dicha ley y citar jurisprudencia contraria a la validez constitucional de dicha normativa); siendo esa misma, a tales fines —lo dispuesto en el citado art. 2º— para garantizar la igualdad de trato, además de principalmente, en lo que a la cuestión al respecto concierne (el análisis de lo previsto en y por el art. 10 del Cód. Penal), en cuanto el art. 19 [\(47\)](#) de la ley 12.256 que reglamenta la detención domiciliaria; y si bien contempla los mismos supuestos que el mencionado artículo del Código Penal (el art. 10) y reglamenta su requerimiento y la decisión a adoptar en tal sentido, permite sostener que si bien ante idéntica reglamentación, de dicha cuestión, al menos en Nación y en nuestra provincia, ello en modo alguno puede estimarse para confirmar per se la razonabilidad de la reglamentación articulada en tal sentido en la Legislación Nacional sino que frente a ella (la del Código Penal) se puede señalar que a la luz de lo dispuesto por el art. 31 de la CN y la restante normativa constitucional, fundamentalmente la reseñada al inicio de esta presentación (en el subtítulo), frente a una eventual discrepancia entre la normativa nacional y provincial debería primar la reglamentación que en su caso —al respecto— estatuyera la provincia. Ello así, más allá del reconocimiento implícito de su validez que al respecto efectúa el legislador provincial en el art. 115 [\(48\)](#) de la ley de Ejecución provincial.

Que idénticos reparos podrían efectuársele a las disposiciones contenidas en y por los arts. 13/17 del Cód. Penal en relación con la libertad condicional, a sus requisitos para su concesión, mantenimiento y efectos. Toda vez que al respecto, en similar sentido a lo hasta aquí aducido el Legislador provincial (mencionado de ese modo, como cuerpo, aunque no es una única voz la que se pronuncia si no la de los plurales legisladores que representan cada una de las fuerzas políticas que la componen), se expide a su vez en torno a tal cuestión en los arts. 101 y ss. de la referenciada ley 12.256 [\(49\)](#).

En este orden de ideas, la provincia (siempre —al menos en este trabajo— en referencia a la de la provincia de Buenos Aires) al reglamentar "en más" lo dispuesto en tal sentido por la Nación [más allá de lo previsto a su respecto por la ley 24.660, complementaria del Cód. Penal, siendo ejemplo de ello el art. 226 [\(50\)](#)], muchas veces es cuestionada, tal como acontece por ejemplo ante la reglamentación —en la legislación provincial— de la libertad asistida.

Por otro lado, en cuanto a lo dispuesto en y por los arts. 40 y 41 del Cód. Penal [\(51\)](#) sobre individualización de pena (en relación con la aplicación de penas temporales) cabe preguntarse ¿es razonable que el Código Penal "le diga" al Juez cómo fijar la pena?

Para tratar de responder tal interrogante primero y principalmente se requiere señalar que el Código Penal en dichas disposiciones normativas menciona vaga y genéricamente cuáles son las pautas a tener en consideración frente a la eventual necesidad de imponer una pena temporal mas no aclara cuál es la incidencia que dichas pautas tendrán ni si deben ser estimadas como agravantes o atenuantes.

En este aspecto, el actual Anteproyecto de Reforma Integral del Código Penal (comisión Borinsky) [\(52\)](#), prevé una reforma que mejora sustancialmente su técnica legislativa —parecería, al menos en torno a esta cuestión— ya que no sólo destaca cuáles serán consideradas especialmente circunstancias agravantes y atenuantes, respectivamente, sino que fija la incidencia que la ponderación o no de aquellas tendrá en la escala penal; más allá de lo grave que pueda ser ello en su caso, particularmente, en torno al modo de ingresar a la escala penal, desde el tercio superior de la escala si no concurriesen atenuantes —en relación con la regulación de la ponderación de circunstancias agravantes— aspecto sobre el cual, claro está, no viene al caso ahondar en esta ocasión.

Entonces, retomando la cuestión planteada, si el Código Penal establece tipos penales y sus respectivas escalas penales, acorde a la delegación legislativa efectuada en y por (a través) del art. 75, inc. 12 de la CN, lo restante, en torno a lo dispuesto por los señalados arts. 40 y 41 del Cód. Penal, ¿no podría acaso implicar un 'exceso' del Legislador Nacional? Ello así, en torno a la reglamentación cuestionada (los artículos precedentemente citados), pues conforme art. 5º de la CN [\(53\)](#) cada provincia dicta para sí no sólo una Constitución —entre otros aspectos— sino que debe asegurar la administración de justicia.

En lo particular, los arts. 168 y 171 de la Constitución provincial [\(54\)](#) son las mandas constitucionales que, al respecto, reglamentan —entre otros aspectos— "el cómo" los Sres. Magistrados llevarán adelante su labor lo que, asimismo, implica el cómo desempeñarse en materia penal y en lo particular el cómo fijar —individualizar— la pena a imponer en su caso.

A mayor abundamiento, disposiciones como las de los arts. 40 y 41 del CP aquí analizadas parecieran no resultar necesarias porque, a su vez, la misma Constitución Nacional dispone la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos como garantía innominada que surge del art. 33 de la CN, resultando —como se dijera— por ende innecesarias —o eso pareciera— disposiciones como las allí estatuidas, además de prima facie lesivas —en lo particular— del Sistema Federal de Gobierno imperante en nuestra República.

Por otro lado, pero vinculado con lo anterior parecería que la doctrina y jurisprudencia nacional [\(55\)](#) avalasen las audiencias de visu allí contempladas (concretamente, en el citado art. 41 in fine del Cód. Penal).

Parecería que al respecto, implícitamente, se tuviera en consideración la opinión de Alberdi, la "nota unitaria" de nuestro Código Penal que se vislumbra en disposiciones como la analizada, pensadas en pos de la igualdad (para que en ninguna sentencia condenatoria —en materia penal— que se pronuncie en nuestra República se imponga una pena sin el previo contacto de visu de los jueces para con la persona sobre la que, en definitiva, recaerá la pena); es decir, haciéndola prevalecer por sobre el sistema federal de gobierno (audiencia de visu que en el Proyecto de reforma de Código Penal actualmente bajo estudio y que fuera citado precedentemente, tiende a desaparecer; ello así, por lo que se vislumbra a partir de su lectura).

Por lo demás, en torno a la individualización de la pena existe otra disposición en el Código Penal que resulta necesario analizar en esta ocasión, dada la temática abordada. Concretamente, lo dispuesto en y por el art. 41 ter del Cód. Penal [\(56\)](#), conocido vulgarmente dicho artículo atento la consagración allí del instituto o figura del "arrepentido".

Al respecto pertinente resulta señalar que al igual que los reparos precedentemente articulados en relación con la escala penal, particularmente a la normativa consagrada en torno a la individualización de la pena, justamente, idénticos cuestionamientos podrían efectuársele a su respecto (más allá de todas las adicionales consideraciones que podrían efectuarse en relación con la figura del "arrepentido" que obviamente no viene al caso aquí tratar). En lo particular, sobre la "valoración probatoria" implícitamente articulada en el mencionado art. 41 ter del Cód. Penal, parecería que aquella —en principio— lesionase la facultad reservada por las provincias en tal sentido. En efecto, nadie podría discutir que esa cuestión reviste naturaleza procesal (lo que a la valoración probatoria se refiere), mas podría salvarse la constitucionalidad de la figura, considerando que a los fines de conceder el beneficio de la reducción de pena allí estipulado, necesariamente, debía allí mismo reglamentarse cuál sería el valor probatorio de los datos o información aportada por lo que sólo, desde dicha perspectiva y por una clara razón de política criminal, es que puede mantenerse la validez constitucional de la figura analizada. Ello así, en el entendimiento que representa una reglamentación razonable (cfr. art. 28 de la CN) de la consagrada figura del arrepentido.

Continuando con la línea trazada, es decir, con el análisis de la normativa penal que en su caso pudiera poner en crisis o menoscabar la forma Federal de Gobierno, en cuanto a lo dispuesto por el art. 58 del Cód. Penal [\(57\)](#), en torno a la unificación de condenas y de penas, se advierte que —sin más— implícitamente el legislador provincial reconoce la validez de la reglamentación en tal sentido en el Código Penal, porque así lo aduce —implícitamente— en el art. 18 del Cód. Proc. Penal de la provincia [\(58\)](#); pues sólo hace referencia a cuando corresponda unificar, dando por sobre entendido que, para así obrar en tal sentido debía recurrirse a lo dispuesto en el Código Penal (concretamente, en el citado art. 58 del Cód. Penal).

Ahora bien, sin perjuicio de tal implícito reconocimiento, también se advierte que idéntica "nota unitaria" se evidencia en el articulado en cuestión pues no puede desconocerse la naturaleza procesal de la normativa estatuida en el citado art. 58 del Cód. Penal. Nota unitaria sobre la cual resultan válidas y oportunas las referencias expuestas en este trabajo, al señalar la opinión que al respecto esgrimía, en tal sentido, el propio Alberdi, y los autores que fueran reseñados al inicio de esta presentación.

Sobre el ejercicio de las acciones penales, y su reglamentación en el Código Penal [arts. 71 y ss. del Cód. Penal [\(59\)](#)], para analizar esta cuestión, a diferencia de las restantes que hasta aquí fueran abordadas, traer a colación la opinión de los Dres. Binder y Granillo Fernández pareciera oportuno pues la claridad expositiva que al respecto tienen ambos autores —sobre la cuestión tratada— facilita el abordaje de dicho aspecto y por ello se estima conveniente, en honor a la brevedad, a dichas opiniones remitirse.

Así pues, al respecto señala el Dr. Binder que "...el art. 75, inc. 12 de la CN establece que la facultad del Congreso para dictar los Código Civil, Penal, etc., no puede alterar las jurisdicciones locales, 'correspondiendo su aplicación a los tribunales federales o provinciales, según que las cosas o las personas cayeran bajo sus respectivas jurisdicciones'. Esta regla básica se completa con el art. 116 de nuestra ley fundamental... Nuestra Constitución establece que el juzgamiento de las causas criminales se realice en dos órdenes o niveles diferentes. Es decir que existe una competencia federal en razón de la materia y una competencia federal en razón del territorio... La distribución de los asuntos judiciales en estos dos órdenes o sistemas no es una simple división de tareas; al contrario, es uno de los reflejos más importantes de la estructura federal del Estado. En el caso específico de la justicia criminal forma parte, además, de este mecanismo garantizado de distribución de ejercicio de la coerción penal. Por tal razón... el Congreso Nacional no puede alterar ese diseño constitucional. Toda ampliación de la competencia federal por fuera de los límites fijados constitucionalmente altera el sistema federal y rompe el equilibrio garantizador de la distribución de la coerción... Debe quedar en claro, pues, que la

competencia federal es restrictiva y excepcional, que no existe posibilidad constitucional de ampliar sus límites más allá de lo impuesto por la Constitución Nacional y que el Congreso Nacional puede delegar legislativamente parte de esa competencia federal en los tribunales de las provincias. Siempre, claro está, que no se trate de competencia originaria de la Corte Suprema (CN, art. 117)... El principio general de distribución del poder es que los Estados provinciales conservan todo el poder no delegado por esta Constitución al gobierno federal (CN, art. 121), por lo que el principio, en nuestra materia, es que el ejercicio de la coerción penal (y el juzgamiento de las causas criminales, como ya vimos, es parte de ese ejercicio) corresponde a los Estados provinciales, salvo que haya sido delegado a la Nación... Los Estados provinciales tienen a su cargo, pues, el juzgamiento de los casos criminales comunes. A ellos les compete organizar la administración de justicia y ello es también uno de los requisitos del reconocimiento de su autonomía (CN, art. 5°). En cuanto a esta tarea, sin embargo, los Estados provinciales tienen limitaciones en sus posibilidades de organizar autónomamente su propia administración de justicia. Ello no sólo significa que deben respetar las garantías y derechos previstos en la Constitución Nacional —como es obvio—, sino también que deben respetar el diseño constitucional del juicio penal... Existen, por otra parte, limitaciones que surgen de los tratados internacionales firmados por la Nación..." (60).

Sobre lo que a esta cuestión concierne, fundamental resulta la reflexión del Dr. Binder en cuanto destaca que "...el problema de la acción en consecuencia es un problema central dentro de los sistemas normativos; no es, como se ha creído, un problema accesorio, ni es un problema netamente procesal. Sin duda es un punto de conexión entre la formulación de los sistemas normativos y su efectiva vigencia y nos señala qué tipo de poder tiene el individuo para lograr que esos sistemas normativos sean vigentes. Es la llave maestra del estatus normativo del ciudadano. Si en el derecho moderno, mucho más en nuestro país y en otros países de Latinoamérica la relación entre validez y eficacia del derecho es una relación traumática y crucial para dotar de legitimidad al Estado de derecho y de credibilidad al sistema normativo, el problema de la acción es el nombre que tiene el conjunto de técnicas y regulaciones normativas y de principios políticos que establecen cómo el individuo puede lograr que esa brecha se reduzca..." (61).

A mayor abundamiento, el Dr. Binder, citando a Chiovenda destaca el carácter de la acción como: "...el poder que el individuo tiene para que todos los mecanismos y aparatos del Estado preocupados por la vigencia del sistema normativo se pongan en marcha para proteger el derecho vulnerado..." (62).

La facultad de legislar las acciones penales parecería, en principio, una facultad inherente —justamente— al ente provincial (ello, vinculado con algunos de los puntos tratados en el acápite anterior), aunque transformar tal criterio o al menos exponerlo en este trabajo podría complejizar aún más las cuestiones a desarrollar, lo que se intentará evitar, para lo cual, es que se ha preferido efectuar la remisión a lo señalado por la doctrina a su respecto (tal como se adelantara), mediante la cita de y a los autores de mención.

Justamente, en ese sentido, Granillo Fernández al comentar el art. 6° del Cód. Proc. Penal de Buenos Aires sostiene: "...Es este un tema que encierra una problemática constitucional muy profunda y que se relaciona sustancialmente con los pilares del sistema republicano federal adoptado por la República... reconocida la soberanía originaria en las provincias y que cada una de éstas conserva todo el poder no delegado a la Nación al dictarse la Carta Magna, la letra de sus arts. 5°, 7°, 75 inc. 12 —a contrario sensu— y 121 así lo establece... En consecuencia entre la materia delegada expresamente a la órbita del Congreso de la Nación en virtud del art. 75, inc. 12 citado, no figura la procesal —por lo que la misma pertenece a la competencia local—, por ello es materia de debate que sea competencia nacional la normativa contenida en los arts. 71 y ss. del Cód. Penal cuando se ocupan de las acciones penales, de su clasificación, de su comienzo y extinción. Es evidente que el régimen de las acciones es una materia que exhibe naturaleza procesal, pues se trata de uno de los pilares del derecho procesal, coincidente con uno de los roles indispensables para la existencia del debido proceso sustantivo... De este modo nos pronunciamos por la facultad provincial para legislar sobre el punto máxime cuando... el ejercicio de las acciones se relaciona trascendientemente con el tema de la disponibilidad y la aplicación de criterios de oportunidad procesal... Al ser materia de regulación por las provincias y no por el Congreso de la Nación se facilita enormemente la posibilidad de concretar un sistema de selección de los procesos penales que asegure que la persecución se hará siempre en los casos de mayor relevancia jurídica y social... Por ello, afirmamos que el llamado 'principio de oportunidad' es una necesidad procesal y que la competencia para introducirlo en la ley es la de cada legislatura provincial. No reconocemos valor jurídico alguno a la costumbre judicial que ha predominado casi hasta el presente —inconstitucional y derivada de la dogmática predominante en otro tiempo en la Argentina— que sostuvo el criterio de la pena retributiva y el concepto de que la acción penal pública fuera indisponible. En nuestros días se ha abierto mucho espacio a una concepción más amplia y ya se produce una ampliación incipiente pero importante del principio de oportunidad, lo cual ha sido un poco por necesidad —dada la enorme cantidad de procesos penales en marcha y la escasa

infraestructura de que se dispone frente a ellos— y un poco por conocimiento de lo que ocurre en otros países con administraciones de justicia mucho más eficaces y rápidas, que lo han adoptado en forma reglada o discrecional y lo aplican en forma progresiva en gran cantidad de casos... Es así que la disposición del art. 6°, sobre que el ejercicio de la acción pública no podrá suspenderse, interrumpirse ni hacerse cesar sino excepcionalmente en los casos previstos por la ley constituye un avance legislativo de gran importancia que introduce en nuestro medio provincial el principio de oportunidad, pronunciándose por su modalidad reglada..." (63).

Es decir, tal como lo se ha adelantado, las posturas de los autores mencionados —y transcritos, en lo particular— resultan por demás clarificadoras en este punto. La reglamentación del ejercicio de las acciones penales, en el Código Penal, reviste un aspecto de naturaleza procesal que, o bien puede responder a la tantas veces mencionada "nota unitaria" de nuestro código de fondo o, simplemente, ser el resultado de una tradición jurídica arraigada en nuestra República que bien podría por eso mismo modificarse o al menos cuestionarse.

En torno a la Suspensión del Juicio a Prueba [arts. 76 bis (64) y ss. del Cód. Penal] como consagración del principio de oportunidad en materia penal, es decir, como una de las vías anormales de terminación del proceso en el Código de Fondo nacional pareciera adecuado señalar que si bien desde una óptica de política criminal, es decir, desde dicha visión podría estimársela como una "feliz" consagración de aquel; también podría decirse que "lo procesal" de aquel "instituto" instaurado en un Código que como bien sabemos debe regular cuestiones de naturaleza sustantiva, responde —o pareciera— a la consecuencia del cumplimiento de las condiciones impuestas en el marco de la Suspensión de Juicio a Prueba, ni más ni menos que la extinción de la acción penal; y siendo que ese aspecto, la extinción de las acciones penales reviste naturaleza sustantiva, como consecuencia directa de ello —de manera implícita— es que debiera, o cabría que por eso fuera reglamentado por la Nación, más allá de lo que al respecto estipula el Código de Rito provincial, art. 404 del Cód. Proc. Penal de Buenos Aires (65) a su respecto, el cual no hace más que —el Legislador provincial— reglamentar lo allí estatuido.

En similar sentido, pareciera que —en cierta forma— se hubiera expedido la Corte Suprema de Justicia de Nación (oblicuamente, pues no trataba puntualmente este asunto), al resolver la causa caratulada "Góngora, Gabriel Amado" (66) en donde se declaró improcedente la adopción de alternativas diferentes del juicio oral porque contraría la normativa que integra nuestro Bloque de Constitucionalidad y en lo particular la Convención de Belem do Pará, pues de manera indirecta con la eventual extinción de la acción penal por cumplimiento de las condiciones impuestas en la Probation —insisto, indirectamente— se vulneraría la manda contenida en el art. 7°, apart. "b" de dicha Convención (67) (entre otros), en cuanto prevé que los Estados partes deben actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer.

De allí entonces que, ante la naturaleza extintiva de la acción penal sea razonablemente reglamentada la Suspensión de Juicio a Prueba en el Código Penal.

Entre los delitos contra la integridad sexual, particularmente, en la normativa recientemente reformada (al menos para la historia de nuestra legislación penal, concretamente el pasado 7 de abril de 2012), art. 132 del Cód. Penal (68), el cual reglamenta la forma en que la víctima de determinados delitos (los allí expresamente contemplados), podrá instar la acción penal pública; al respecto, cabe destacar que similares observaciones a las efectuadas en torno a lo analizado sobre el régimen de las acciones penales podrían considerarse a su respecto. Argumentos a los que en honor a la brevedad corresponde remitirse, a fin de evitar reiteraciones innecesarias que puedan desviar el curso del presente.

En cuanto al capítulo II bis "Abigeato" del título VI "Delitos contra la Propiedad" (Libro Segundo del Código Penal), arts. 167 ter, 167 quater y 167 quinquies del Cód. Penal (69), mucho podría alegarse, mas en cuanto a la temática abordada en esta ocasión sólo debe destacarse que dicha reglamentación, fundamentalmente, ante las excesivas penas allí previstas —que afectan la sistematicidad del Código Penal— las particularidades locales son las que deberían tenerse en consideración inclusive a la hora de sancionar tipos penales y/o fijar las escalas penales.

La realidad de las zonas rurales y/o de la Sociedad Rural o, mejor dicho, de los intereses de esta y aquellas, no resultan uniformes o al menos compartidos por el resto de la sociedad argentina. Por ello, el no tener en consideración esas particularidades locales o tenerlas en consideración en demasía, resulta demostrativo de la desigualdad que dicha reglamentación genera.

Por tanto, si se hubiese imitado —en ese punto— a nuestro modelo norteamericano (en cuanto al modelo de Constitución se refiere), la falta de sistematicidad —en relación con las penas— que el delito de Abigeato (su consagración normativa en el capítulo de referencia genera) no hubiera implicado un menoscabo al principio de igualdad que debe primar en nuestra República (cfr. art. 16 de la CN). Ello así, tal como se advierte, finalmente aconteció; al proteger en demasía a los "bienes" allí contemplados en relación con los restantes que se protegen

en el resto del título, como así también en comparación con los otros bienes jurídicos tutelados en el cuerpo del mismo código de fondo nacional.

En este orden de ideas, "el margen de apreciación de las provincias" es el que en su caso debiera primar a la hora de resolver cuestiones como las analizadas. Margen de apreciación provincial al que el Sr. Ministro del Máximo Tribunal de Justicia de la Nación, Dr. Rosatti —en su voto en disidencia— expresamente recurriera al resolver la cuestión planteada ante la Corte Suprema de Justicia de Nación sobre la educación religiosa en las escuelas. Ello así, cfr. art. 5° de la CN, entre otros argumentos de hecho y de derecho que fueran desarrollados por el Sr. Juez en su voto emitido con fecha 12 de diciembre de 2017 en el marco de la causa caratulada "Castillo, Carina V. y otros c. provincia de Salta - Ministerio de Educación de la provincia de Salta s/ amparo" (CSJ 1870/2014/CS1).

Pronunciamiento que si bien no viene al caso tratar en toda su extensión, además de referenciar la cuestión anterior, conducente resulta destacar que —del voto de la mayoría— entre otras consideraciones se hizo un especial análisis de la cuestión desde lo que se ha estimado como un límite de la discriminación y en torno a dicha cuestión el Centro de Información Judicial de la CS —en su página web, al comentar el pronunciamiento del Máximo Tribunal de Justicia de la Nación— hizo especial hincapié en que "...debe existir un juicio de ponderación razonable ya que no se puede satisfacer un derecho de manera ilimitada y que, como consecuencia de esta extralimitación, se lesionen los derechos de otros grupos igualmente tutelados al situarlos en una posición desventajosa. En estos supuestos el examen debe ser estricto y quien establece la diferencia de trato debe justificar su necesidad... En el caso, la demandada no ha demostrado esa necesidad. En consecuencia, se puede afirmar que la norma cuestionada, al incluir la educación religiosa en horario escolar, dentro del plan de estudios y con el aval de la respectiva autoridad religiosa, favorece conductas discriminatorias hacia los niños y niñas que no integran el grupo religioso predominante ni ningún otro, generando, de este modo, mayor desigualdad... La Corte afirmó que cuando una norma admite una lectura que pone a un sector de la población en una situación de inferioridad respecto de un grupo determinado, se debe invalidar esa norma, porque de lo contrario la situación de discriminación se repetirá una y otra vez, más allá de que se invaliden las prácticas puntuales discriminatorias. En estos casos, hay que centrar el análisis en la norma como causante de la desigualdad... La Corte Suprema consideró que dentro del sistema educativo público de la provincia de Salta existen patrones sistemáticos de trato desigualitario hacia grupos religiosos minoritarios y hacia los no creyentes... Existe claramente un tratamiento preferencial hacia las personas que profesan el culto mayoritario, sin que la provincia de Salta haya justificado de ninguna manera la necesidad de la política de educación religiosa que implementa..." (70).

Extracto del comentario al pronunciamiento de mención que ha sido oportuno referenciar en esta ocasión, aunque llame su atención; justamente, en atención a los argumentos esgrimidos precedentemente en relación con el delito de abigeato en el modo en el que finalmente y de manera desigual fuera consagrado en el Código Penal, por el tratamiento preferencial que articula y por la consecuente situación de inferioridad en que coloca a los supuestos que no revisten las condiciones necesarias para ser tutelados mediante el capítulo de abigeato.

Ahora bien, en relación con otra de las disposiciones de la Parte Especial del Código Penal que merecen un análisis particular, dada la cuestión sometida a tratamiento; lo dispuesto en y por los arts. 231 y 232 del Cód. Penal (71), merece un especial reparo.

En efecto, dentro de las disposiciones comunes a los capítulos precedentes, contemplados en el Título X "Delitos contra los poderes públicos y el orden constitucional" (Libro II del Código Penal), la excusa absolutoria allí contemplada en relación con los delitos de rebelión, sedición y motín, como así también la reducción de pena allí prevista (en relación con los promotores y directores), es —o pareciera ser— el resultado de una reglamentación de naturaleza procesal en un Código Penal.

Ahora bien, en contra de dicha posición —la que les adjudica naturaleza procesal— se adscriben autores como Carlos Creus, quien en lo particular sostiene "...1786. Carácter de las disposiciones. —Los arts. 231 y 232 del Cód. Penal no contienen meras reglas de procedimiento, como algunos parecen haber entendido, sino que, formando una normativa unificada, regulan aspectos de la punibilidad de los delitos de rebelión, sedición y motín, consagrando una excusa absolutoria para los simples intervinientes y una disminución de pena para los promotores o directores, cuando la manifestación de la rebelión, sedición o motín, no ha pasado de ser un tumulto que sólo ha perturbado el orden, sin que los sublevados, rebeldes o amotinados hayan hecho uso de las armas, sea que el tumulto se haya disuelto por propia determinación de aquéllos, sea que ello haya ocurrido en razón de las intimaciones de la autoridad formuladas según lo dispuesto por el art. 231..." (72).

Sentado ello, en relación con otra de las figuras previstas en nuestro Código Penal, concretamente, en torno al delito de lavado de activos, conveniente y oportuno resulta traer a colación lo dispuesto en y por el art. 305

del Cód. Penal (73). Al respecto, si bien en torno al decomiso, dada su diversa naturaleza —en relación con las medidas cautelares— parecería correcta su reglamentación en el Código Penal, tal como acontece con lo dispuesto en y por el art. 23 del Cód. Penal; mientras que, en torno a las medidas cautelares allí reglamentadas, si bien establecidas como facultades del juez (primer párrafo) y los reclamos sobre el origen, naturaleza o propiedad de los bienes, a realizarse a través de una acción administrativa o civil de restitución (último párrafo), representan ambas disposiciones naturaleza procesal en un Código Penal que debería revestir siempre, estrictamente —como se viera a lo largo de estas páginas— naturaleza sustantiva.

En esta línea argumental, se advierte que sólo podría resguardarse su constitucionalidad, mediante el reconocimiento del "vicio" unitario de estos (las disposiciones cuestionadas), pues las notas salientes de ellas evidencian que sólo han sido consagradas por la naturaleza de los ilícitos en cuestión.

Las medidas cautelares allí dispuestas a los fines de —en su debido momento— lograr efectivizar el decomiso de los bienes (decomiso allí también reglamentado), revisten claramente naturaleza procesal (parecería que —prima facie— nadie podría discutir o cuestionar ello); por lo demás, en cuanto al ejercicio de las acciones administrativas y civiles de restitución, podría estimarse como sobreabundante y por ende un exceso del legislador nacional el contemplar en el Código Penal una disposición de tal carácter, de neto corte procesal.

Que, en similar sentido es adecuado a su vez señalar que la expresión el art. 76 bis del Cód. Penal —tercer párrafo— si bien podría ser cuestionada por idéntica razón ("tendrá habilitada la acción civil correspondiente"), más allá de lo que oportunamente se ha señalado en torno al instituto de la Suspensión de Juicio a Prueba, en general, bien puede responder a una necesaria aclaración dentro de la misma reglamentación procesal que allí se estipula.

Finalmente, en cuanto a lo dispuesto por el art. 41 bis de la ley 12.256 (74), normativa a la que parte de la doctrina considera que mediante aquella se implementa una verdadera conmutación de penas, cabe destacar las siguientes cuestiones.

Que, ante ello, parte de la doctrina —justamente— sostiene que esta viene a responder a la disposición transitoria contenida en el art. 228 de la ley 24.660 (75).

Al respecto, frente a quienes alegan su inconstitucionalidad se aduce que otra es la naturaleza jurídica de los institutos allí contemplados, conocido este como "estímulo educativo".

En esa línea, a los fines de no desviar el alcance que se le pretende asignar a las cuestiones sometidas a análisis en esta oportunidad, conducente resulta traer a colación lo resuelto por la sala V del Tribunal de Casación Penal de la provincia de Buenos Aires, en el marco de la causa 56.226 caratulada "Ramos, Luis A. s/ recurso de queja (art. 433 del Cód. Proc. Penal)", sentencia dictada con fecha 16/05/2013 por los Sres. Jueces, Dres. Celesia y Ordoqui, oportunidad en la cual, declarando inviables los reparos efectuados por el recurrente rechazaron el planteo de inconstitucionalidad articulado en tal sentido (en lo particular, de la norma en cuestión), en donde a contrario se casó la resolución cuestionada y se declaró la validez constitucional del art. 41 bis de la ley 12.256.

En dicha oportunidad, la Defensa alegó que la ley 14.296 (BO: 08/09/2011) tuvo el propósito de adecuar la normativa local a las Reglas Mínimas para el tratamiento de los Reclusos de las Naciones Unidas, receptadas por la ley nacional 24.660, la cual diferencia entre conmutación de penas y las otras modalidades legalmente previstas. Como así también, destacando la Defensa en aquella ocasión, el propósito de reinserción social asignado a la pena (cfr. arts. 10.3 del PIDCyP, 5.6° de la CADH estos últimos en función de lo dispuesto en el art. 75, inc. 22 de la CN; art. 30 de la CPBA, DUDH y el derecho a la educación consagrado constitucional y legislativamente en nuestra República), además del carácter progresivo de y en el tratamiento penitenciario; siendo que la ley 26.695 modificatoria de la ley 24.660 estableció un sistema de recompensas y estímulo educativo mucho más amplio que el provincial.

En ese precedente —el referenciado anteriormente— la sala V del Tribunal de Casación Penal de la provincia de Buenos Aires, estimó incorrecto el control constitucional de la norma inferior, por errónea interpretación judicial, a la luz de las pautas y estándares constitucionales y legales, considerando así que el art. 41 bis de la ley 12.256 no resulta contradictorio con el art. 105 de la ley 24.660 (76) que regula las recompensas, máxime cuando por la ley 26.695 (BO: 29/08/11), se incorporó en la mencionada ley 24.660 el art. 140 (77) que establece un sistema de estímulo educativo.

Frente a dicha postura, tal como se adelantara, están quienes esgrimen la opinión contraria. Para ello, en pos de demostrar la posición que afirma que la reglamentación provincial consagrada en el mencionado art. 41 bis de la ley 12.256 no supera el tamiz de constitucionalidad y así debe declarárselo, seguidamente se traerá a

colación, justamente, un pronunciamiento del mismo Tribunal de Casación Penal de la provincia de Buenos Aires, pero emitido por la sala II, integrada por aquel entonces por los Sres. Jueces, Dres. Mahiques y Mancini, con fecha 26 de noviembre de 2013, en el marco de la causa 55.611 caratulada "M., A. s/ recurso de casación interpuesto por fiscal general", mediante la cual declararon la inconstitucionalidad del art. 41 bis de la Ley de Ejecución Penal de la provincia (12.256).

Que, como fundamentos de tal modo de resolver los Sres. Jueces (voto del Dr. Mahiques al que Mancini adhirió en dicha ocasión), sostuvieron: "...Es que en consideración a lo dispuesto por el último de los artículos mencionados, la ley 24.660 de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad, es complementaria del Código Penal y, por ello, las concordancias a las que se refiere el art. 228, no pueden tener otro alcance que el relativo a las disposiciones de carácter administrativo o procesal para el pretendido objetivo señalado de unificar a nivel nacional la ejecución penal, más nunca respecto de aquellas que hacen a la cuestión de fondo (art. 229), que naturalmente son de aplicación automática y obligatoria en todo el territorio de la nación. Ello, que parece una obviedad de orden constitucional, en tanto la materia de fondo fue delegada por las provincias a la nación para garantizar la uniformidad de las leyes de aquella naturaleza, en el caso concreto del cumplimiento de las penas privativas de la libertad en todo el territorio de la República, —que no sobra decirlo, no nace con el dictado de la referida ley de Ejecución sino que tal pretensión puede encontrarse ya en el proyecto de ley penitenciaria elaborada por Rodolfo Moreno en el año 1922, mediante el que se pretendía la regulación de un régimen de ejecución penal único en todo el país—, presenta sin embargo perfiles propios que cuanto menos, ponen en tela de juicio aquel principio general... V) Como para ingresar en el análisis de aquella problemática basta con señalar que la ley 12.256 de Ejecución Penal de esta provincia, dictada con posterioridad a la que regula idéntica materia en el orden nacional, no solo se aparta de sus disposiciones, sino que en su art. 2º establece la exclusiva aplicación de la mencionada ley local —a los fines de asegurar el principio de igualdad de trato— cualquiera fuera la autoridad judicial, provincial, nacional o extranjera a cuyo cargo los detenidos se encuentren y regula la procedencia de institutos que se vinculan directamente con el cumplimiento de las penas de prisión, no solo en las garantías relativas a la calidad del encierro, sino directamente en su cuantía, como es el caso de la regulación de la viabilidad del instituto de la libertad asistida seis meses antes del término para la libertad condicional, no previsto por la legislación nacional... Como claramente puede advertirse entonces, la pretendida aplicación en todo el territorio del estado nacional de la ley 24.660 no aparece así posible y de allí puede extraerse, como de hecho lo hace buena parte de la doctrina, una afectación al principio de igualdad ante la ley establecido por el art. 16 de la CN, dado que en definitiva la aplicación en el caso de la ley local produce una modificación cuantitativa del encierro ya que 'dos penas que se ejecuten de modo diferente, son diferentes' (cfr. ZAFFARONI, Raúl E., 'Tratado de Derecho Penal', t. I, ps. 200 y ss.). VI) También se ha sostenido que 'las normas de la Ley de Ejecución constituyen la reglamentación mínima de derechos humanos reconocidos constitucionalmente...', lo que ha llevado a señalar que siempre que una disposición de la ley local recepte la posibilidad de morigerar los efectos desocializadores de la pena otorgando mayores beneficios al detenido, resulta plenamente aplicable, en desmedro de la legislación nacional. Sin embargo, según mi criterio, aquella posibilidad se encuentra reservada con exclusividad a la forma en que el encierro se cumple, más no parece posible, sin una clara afectación al principio de igualdad ante la ley art. 16 de la CN—, que aquella divergencia se vincule con el tiempo del encierro mismo. Por ejemplo, en el caso que nos convoca, siendo que el estímulo educativo se encuentra legislado por la ley 24.660, complementaria del Código Penal (art. 229) y tiene directa incidencia en el art. 13 del mismo ordenamiento, no puede abrigarse duda alguna en cuanto a que por su naturaleza, constituye una norma de carácter sustancial, que ninguna legislatura provincial podría modificar. En esta inteligencia, al votar en la causa 39004 'Ibáñez, Fernando s/ recurso de casación', sostuve que pretender '...lo contrario, aún con el argumento expuesto, resultaría tan insostenible como que una ley local modificara el tiempo mínimo de encierro para la obtención de la libertad condicional, ya que aunque esta última se encuentra prevista expresamente en el código y aquella no, ambas participan de idéntica naturaleza y, consecuentemente, su modificación, además de entrañar legislar sobre materia delegada a la nación, produce sin más, entre otras cuestionables consecuencias, una clara desigualdad ante la ley, desde que quien fue condenado por la justicia de esta provincia podría sufrir un encierro menor que alguien que en idéntica circunstancia fuera condenado por la justicia nacional o de otra jurisdicción con estricto apego a lo normado por la ley 24.660(...)'. Sentado ello, se advierte sin esfuerzo que se ha pretendido legislar en el orden provincial, materia sustancial que ha sido delegada por la provincia en la Nación y por tanto se encuentra vedada para legislar al respecto. En otras palabras, no se ha pretendido establecer un beneficio en las condiciones del cumplimiento de pena, sino que específicamente se ha consagrado una causal de reducción de la pena, que no se encuentra establecida ni en la Ley de Ejecución Penal ni en el Código Penal de la Nación. En esta inteligencia entonces, la ley local establece una desigualdad entre los penados en la provincia de Buenos Aires y los penados en distinta jurisdicción, que consiste en que ante igualdad de comportamientos durante el encierro, los primeros podrán reducir su pena, no

simplemente el encierro, sino la pena impuesta en sí misma, mientras que los segundos, deberán cumplir la totalidad de la pena por la que hayan sido condenados. Esta manifiesta desigualdad, revela sin más la inconstitucionalidad de la norma. De esta forma, considero que lo normado por el art. 41 bis en cuestión, en tanto excede las facultades propias de la legislatura provincial y pretende legislar en materia que ha sido delegada a la Nación, afectando seriamente la igualdad ante la ley de los habitantes de la nación, corresponde declarar la inconstitucionalidad de la recompensa estatuida. VII) Por lo expuesto y en la inteligencia de que la legislación que regula la materia, corresponde de conformidad con los arts. 75, inc. 12 y 121 de la CN, al Gobierno Federal, lo estatuido por el art. 41 bis de la ley 12.256, resulta inconstitucional (...)...' (causa 53351, 'Gallardo, Ricardo D. s/ recurso de casación' Sentencia de fecha 11 de junio de 2012, Registrada bajo el registro 628)...".

Así entonces, argumentos en pos de la constitucionalidad o no de la reglamentación establecida en el mencionado art. 41 bis de la ley 12.256 resultan plurales y, claro está, muy diversos, siendo por dicha razón que a tales fines aquí fueron proporcionados ambos con el alcance estimado necesario en pos de ello.

Asimismo, en el precedente jurisprudencial que fuera transcripto en el párrafo que antecede se advierte a su vez la crítica a otra cuestión que también fue tratada en esta oportunidad; se hace referencia a lo dispuesto en relación con la libertad condicional y, en lo particular, la mención del instituto de la libertad asistida reglamentado en sede provincial mas no en la legislación nacional por la que, también parte de la doctrina a esta última la cuestiona por inconstitucional. Aspecto al que en honor a la brevedad simplemente cabe referenciarlo en esta oportunidad.

IV. Conclusión. Respuesta al interrogante planteado

Tal como se enuncia en la rúbrica del presente apartado se ha de concluir esta presentación. Para ello, primeramente, dando o intentando dar respuesta al interrogante esbozado, para lo cual se ha de sostener que, en principio y como regla el Código Penal argentino "es Federal" o, mejor expresado, resguarda en su contenido al Sistema Federal de Gobierno. Ello así, como regla, sin perjuicio de los diversos cuestionamientos articulados en tal sentido y que tuvieran su desarrollo en la cuestión —apartado— que antecede.

Ahora bien, como toda generalización puede y debe permitir, excepciones; y, justamente, es en torno a dichas excepciones sobre las que se ha preferido trabajar para demostrar si la reglamentación articulada en tal sentido, a la luz del federalismo, resulta o no razonable; es que, en cada caso puntual se han manifestado las diversas opiniones o posturas y a ellas, en honor a la brevedad, cabe remitirse en este apartado.

A pesar de lo cual, se debe reconocer que todo hecho humano es perfectible. Por tanto, si esa es la regla, el Código Penal no puede ser la excepción.

Las cuestiones de política criminal y el exceso del legislador Nacional o, en su caso, del provincial, bien pudieron y pueden poner en crisis el Sistema Federal de Gobierno como implícita y explícitamente se ha expuesto a lo largo de estas páginas.

Así entonces, en el entendimiento de que la declaración de inconstitucionalidad de una norma representa la ultima ratio a la que debe recurrirse, es que se ha de señalar también que todo cuestionamiento a la normativa penal hasta aquí mencionada debe analizarse a la luz de lo dispuesto por el art. 28 de la CN para así, de ese modo, ver si dicha reglamentación resulta o no razonable. Por ejemplo, si su previsión en el Código Penal, razonablemente, ha sido allí tratada, aunque oblicuamente implique el tratamiento no de cuestiones estrictamente sustantivas sino procesales.

Ante ello, como se ha puesto en evidencia, en algunos casos se ha estimado correcto que "se lo haga" desde la legislación nacional (el dictado de la normativa o legislación de referencia), para así unificar criterios procesales. Esto último conforme en cada caso puntual se analizará en el punto que precede.

Ello así, no sólo en pos de consagrar una aplicación "igualitaria" del derecho penal en nuestra República, sino porque a pesar de lo dispuesto expresamente por el art. 75, inc. 12 de la CN (entre otros), implícitamente son conferidos tales poderes en el Gobierno Federal para poner a los poderes expresamente delegados, en ejercicio o en acción.

En esta línea argumental, y para ir concluyendo, sólo se adicionarán algunas cuestiones más.

En efecto, como lo expusiera la Dra. Gelli y aquí fuera referenciado, en la República Argentina la legislación común es uniforme a los fines de evitar contradicciones y lagunas jurídicas (entre otros). Ello así, tal como las provincias oportunamente lo entendieron al delegar tal competencia (la del art. 75, inc. 12 de la CN) en la Nación, concreta y exclusivamente en el Poder Legislativo Nacional.

Frente a ello, se advierte que no siempre las cuestiones que a su respecto deben ser reguladas son

delimitadas claramente, como se ha puesto en evidencia en el punto anterior. En lo particular, no siempre el Código Penal regula normas sustantivas; pues, disposiciones procesales se "filtran" entre ellas (al igual que, en el sentido contrario, disposiciones de naturaleza sustantiva en la legislación "procesal").

Por lo demás, ya se ha visto —y queda claro— que el federalismo, o mejor expresado, el Sistema Federal de Gobierno debe ser igualitario (cfr. art. 16 de la CN), pero en pos de ello, muchas veces se pone en crisis la restante normativa constitucional referenciada.

Son las provincias las que, como unidades políticas —iguales e indestructibles, como se las describiera oportunamente— las que se organizaron de manera autónoma, pero de conformidad con las atribuciones constitucionalmente establecidas a tales fines.

Entonces, siendo que el dictado de las normas procesales ha sido una facultad reservada por las provincias para el gobierno dentro de su territorio, sin resultar necesaria o en su caso, habilitada la delegación en el Gobierno central, cualquier disposición que menoscabara tal principio, precisamente, "en principio" podría ser cuestionada desde una perspectiva constitucional.

Continuando con esta línea argumental, si desde el Preámbulo de la Constitución Nacional se prevé la coexistencia del Estado Nación con los Estados provinciales —como lo esgrimiera, entre otros, Joaquín V. González y aquí fuera citado— mas siendo que dicha coexistencia se encuentra debidamente "reglamentada" en y por nuestra carta magna, así debería siempre respetársele.

En definitiva, ha quedado claro que nuestra Nación ha sido consagrada desde 1853-60 como una unión indestructible de y con Estados indestructibles. En donde, claro está, el Pueblo constituyó —de manera originaria, soberana y voluntaria— a la Nación mediante sus representantes para así darse no sólo su propia Constitución (la nuestra, de 1853-1860, más sus sucesivas reformas) sino para, a través de ella, organizar el gobierno común, darse sus propias instituciones y regirse por ellas. Pero siempre recalando que las provincias tenían en miras (o al menos eso fue lo que finalmente se consagró en nuestro Preámbulo), justamente, el consagrar la Unión Nacional (no la Unidad Nacional) y el Gobierno no sólo para la Nación sino también para las provincias (tardarían años en "aparecer", como tales, en su actual "extensión" y reconocimiento, los municipios y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires).

Así entonces, y a mayor abundamiento, siendo que la Constitución Nacional (sobre la que vale recordar lo que se destacó, que no es el "gobierno" porque este se encuentra subordinado a aquella), es la que le confiere y enumera sus poderes al "Gobierno", entre los cuales se establecen y deslindan —entre otros— los que son inherentes a las provincias; es decir, los poderes que no hayan sido por ellas delegados al Gobierno Federal de manera expresa o, por necesaria y conveniente implicancia —como suele decirse— quedan en la esfera reservada de las provincias y así debe también respetársele.

Frente a ello se estima conducente señalar, en resumidas cuentas, que aquellos poderes que implícitamente le son conferidos como medios para poner a los primeros, a los poderes delegados expresamente, en acción y/o en funcionamiento, representarían la única posibilidad que se ha advertido —principalmente— como legítima para justificar en su caso la sanción en el Código Penal argentino de disposiciones de carácter procesal (más allá de las "excepciones" señaladas a lo largo estas páginas).

Así entonces, y finalmente, para así dar por concluida esta presentación, se espera haber logrado el cometido inicialmente propuesto. Es decir, el de responder al interrogante formulado en el título que encabeza esta presentación.

Por tanto, y como se expusiera precedentemente, ante la pregunta sobre si es o no federal nuestro Código Penal, como regla debería contestarse por la afirmativa. Es decir, que sí. Más allá de lo cual, como lo dice el dicho popular, son las excepciones las que confirman la regla; siendo que (aunque parezca por demás evidente señalarlo), las excepciones destacadas en esta presentación son las que, justamente, confirman la pregonada regla.

(1) Constitución de la Nación Argentina. Preámbulo. "Nos los representantes del pueblo de la Nación Argentina, reunidos en Congreso General Constituyente por voluntad y elección de las provincias que la componen, en cumplimiento de pactos preexistentes, con el objeto de constituir la unión nacional, afianzar la justicia, consolidar la paz interior, proveer a la defensa común, promover el bienestar general, y asegurar los beneficios de la libertad, para nosotros, para nuestra posteridad, y para todos los hombres del mundo que quieran habitar en el suelo argentino: invocando la protección de Dios, fuente de toda razón y justicia: ordenamos, decretamos y establecemos esta Constitución, para la Nación Argentina. Art. 1º. La Nación Argentina adopta para su gobierno la forma representativa republicana federal, según la establece la presente Constitución. Art. 5º. Cada provincia dictará para sí una Constitución bajo el sistema representativo

republicano, de acuerdo con los principios, declaraciones y garantías de la Constitución Nacional; y que asegure su administración de justicia, su régimen municipal, y la educación primaria. Bajo de estas condiciones el Gobierno federal, garante a cada provincia el goce y ejercicio de sus instituciones. Art. 28. Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio. Art. 31. Esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema de la Nación; y las autoridades de cada provincia están obligadas a conformarse a ella, no obstante cualquiera disposición en contrario que contengan las leyes o constituciones provinciales, salvo para la provincia de Buenos Aires, los tratados ratificados después del Pacto de 11 de noviembre de 1859. Capítulo Cuarto. Atribuciones del Congreso. Art. 75. Corresponde al Congreso: (...) 12. Dictar los Códigos Civil, Comercial, Penal, de Minería, y del Trabajo y Seguridad Social, en cuerpos unificados o separados, sin que tales códigos alteren las jurisdicciones locales, correspondiendo su aplicación a los tribunales federales o provinciales, según que las cosas o las personas cayeren bajo sus respectivas jurisdicciones; y especialmente leyes generales para toda la Nación sobre naturalización y nacionalidad, con sujeción al principio de nacionalidad natural y por opción en beneficio de la argentina: así como sobre bancarrotas, sobre falsificación de la moneda corriente y documentos públicos del Estado, y las que requiera el establecimiento del juicio por jurados. Capítulo Segundo. Atribuciones del Poder Judicial. Art. 116. Corresponde a la Corte Suprema y a los tribunales inferiores de la Nación, el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución, y por las leyes de la Nación, con la reserva hecha en el inc. 12 del art. 75: y por los tratados con las naciones extranjeras: de las causas concernientes a embajadores, ministros públicos y cónsules extranjeros: de las causas de almirantazgo y jurisdicción marítima: de los asuntos en que la Nación sea parte: de las causas que se susciten entre dos o más provincias; entre una provincia y los vecinos de otra; entre los vecinos de diferentes provincias; y entre una provincia o sus vecinos, contra un Estado o ciudadano extranjero. Título Segundo. Gobiernos de provincia. Art. 121. Las provincias conservan todo el poder no delegado por esta Constitución al Gobierno federal, y el que expresamente se hayan reservado por pactos especiales al tiempo de su incorporación. Art. 122. Se dan sus propias instituciones locales y se rigen por ellas. Eligen sus gobernadores, sus legisladores y demás funcionarios de provincia, sin intervención del Gobierno federal. Art. 123. Cada provincia dicta su propia constitución, conforme a lo dispuesto por el art. 5º asegurando la autonomía municipal y reglando su alcance y contenido en el orden institucional, político, administrativo, económico y financiero. Art. 126. Las provincias no ejercen el poder delegado a la Nación. No pueden celebrar tratados parciales de carácter político; ni expedir leyes sobre comercio, o navegación interior o exterior; ni establecer aduanas provinciales; ni acuñar moneda; ni establecer bancos con facultad de emitir billetes, sin autorización del Congreso Federal; ni dictar los Códigos Civil, Comercial, Penal y de Minería, después que el Congreso los haya sancionado; ni dictar especialmente leyes sobre ciudadanía y naturalización, bancarrotas, falsificación de moneda o documentos del Estado; ni establecer derechos de tonelaje; ni armar buques de guerra o levantar ejércitos, salvo el caso de invasión exterior o de un peligro tan inminente que no admita dilación dando luego cuenta al Gobierno federal; ni nombrar o recibir agentes extranjeros.

(2) SÁNCHEZ VIAMONTE, Carlos, "Manual de Derecho Constitucional", Ed. Kapeluz, Buenos Aires, mayo de 1958, 3ª ed., p. 76.

(3) *Ibídem*, p. 77.

(4) *Ibídem*, p. 78.

(5) *Ibídem*, p. 79. Debiendo aclarar, obviamente, que la referencia a los arts. 104 y 108 de la CN que allí se efectúa —dada la fecha de edición del libro citado— no se corresponden con los arts. 104 y 108 de la CN actualmente vigente.

(6) *Ibídem*, p. 80.

(7) *Ibídem*, p. 81.

(8) *Ibídem*, p. 86.

(9) *Ibídem*, p. 87.

(10) *Ibídem*, ps. 87/88.

(11) *Ibídem*, p. 88.

(12) GELLI, María Angélica, "Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada. Cuarta edición ampliada y actualizada. Tomo I. Arts. 1 a 43", 2008, 4ª ed. 2008, 5ª reimpresión 2012, p. 31.

(13) *Ibídem*, ps. 32/33.

(14) *Ibídem*, ps. 174/175.

(15) *Ibídem*, ps. 176/177.

(16) QUIROGA LAVIÉ, Humberto — BENEDETTI, Miguel Ángel — CENICACELAYA, María de las Nieves, "Derecho Constitucional Argentino. Tomo II", Ed. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, p. 877.

(17) *Ibídem*, p. 879.

(18) *Ibídem*, ps. 879/880.

(19) *Ibídem*, ps. 880/881.

(20) GONZÁLEZ, Joaquín V., "Manual de la Constitución Argentina (1823-1860)", Ed. Estrada, Buenos Aires, 24ª ed., 14/07/1951, p. 89.

(21) *Ibídem*, p. 90.

(22) *Ibídem*, ps. 90/91.

(23) Aquella cita Joaquín V. González se la atribuye a Adolfo Posada (ob. cit. precedentemente).

(24) *Ibídem*, ps. 91/92.

(25) *Ibídem*, ps. 93/94.

(26) *Ibídem*, ps. 94/95.

(27) *Ibídem*, ps. 95/96.

(28) *Ibídem*, ob. cit., ps. 273/274.

(29) GONZÁLEZ CALDERÓN, Juan A., "Curso de Derecho Constitucional", Ed. Guillermo Kraft Limitada. Buenos Aires, 15/05/1958, capítulo III "Nuestro Estado Federal", ps. 71/72.

(30) *Ibídem*, ps. 72/73.

(31) *Ibídem*, ps. 73/74.

(32) *Ibídem*, p. 76.

(33) *Ibídem*, p. 78.

(34) *Ibídem*, p. 79.

(35) *Ibídem*, p. 80.

(36) *Ibídem*, ps. 80/82.

(37) *Ibídem*, p. 82.

(38) *Ibídem*, p. 83.

(39) *Ibídem*, p. 83.

(40) *Ibídem*, ps. 85/86.

(41) Art. 62 del Cód. Penal: "La acción penal se prescribirá durante el tiempo fijado a continuación: 1º. A los quince años, cuando se trate de delitos cuya pena fuere la de reclusión o prisión perpetua; 2º. Después de transcurrido el máximo de duración de la pena señalada para el delito, si se trate de hechos reprimidos con reclusión o prisión, no pudiendo, en ningún caso, el término de la prescripción exceder de doce años ni bajar de dos años; 3º. A los cinco años, cuando se trate de un hecho reprimido únicamente con inhabilitación perpetua; 4º. Al año, cuando se trate de un hecho reprimido únicamente con inhabilitación temporal; 5º. A los dos años, cuando se trate de hechos reprimidos con multa. Art. 63 del Cód. Penal. La prescripción de la acción empezará a correr desde la medianoche del día en que se cometió el delito o, si este fuese continuo, en que cesó de cometerse. (Segundo y tercer párrafos derogados por art. 3º de la ley 27.206, BO 10/11/2015) Art. 64 del Cód. Penal. La acción penal por delito reprimido con multa se extinguirá en cualquier estado de la instrucción y mientras no se haya iniciado el juicio, por el pago voluntario del mínimo de la multa correspondiente y la reparación de los daños causados por el delito. Si se hubiese iniciado el juicio deberá pagarse el máximo de la multa correspondiente, además de repararse los daños causados por el delito. En ambos casos el imputado deberá abandonar en favor del estado, los objetos que presumiblemente resultarían decomisados en caso de que recayera condena. El modo de extinción de la acción penal previsto en este artículo podrá ser admitido por segunda vez si el nuevo delito ha sido cometido después de haber transcurrido ocho años a partir de la fecha de la resolución que hubiese declarado la extinción de la acción penal en la causa anterior. (Artículo sustituido por art. 6º de la ley 24.316 BO 19/05/1994)".

(42) Art. 65 del Cód. Penal: "Las penas se prescriben en los términos siguientes: 1º. La de reclusión perpetua, a los veinte años; 2º. La de prisión perpetua, a los veinte años; 3º. La de reclusión o prisión temporal,

en un tiempo igual al de la condena; 4º. La de multa, a los dos años. Art. 66 del Cód. Penal. La prescripción de la pena empezará a correr desde la medianoche del día en que se notificare al reo la sentencia firme o desde el quebrantamiento de la condena, si esta hubiese empezado a cumplirse. Art. 67 del Cód. Penal. La prescripción se suspende en los casos de los delitos para cuyo juzgamiento sea necesaria la resolución de cuestiones previas o prejudiciales, que deban ser resueltas en otro juicio. Terminada la causa de la suspensión, la prescripción sigue su curso. La prescripción también se suspende en los casos de delitos cometidos en el ejercicio de la función pública, para todos los que hubiesen participado, mientras cualquiera de ellos se encuentre desempeñando un cargo público. El curso de la prescripción de la acción penal correspondiente a los delitos previstos en los arts. 226 y 227 bis, se suspenderá hasta el restablecimiento del orden constitucional. En los delitos previstos en los arts. 119, 120, 125, 125 bis, 128, 129 —in fine—, 130 —párrs. 2º y 3º—, 145 bis y 145 ter del Cód. Penal, se suspende la prescripción mientras la víctima sea menor de edad y hasta que habiendo cumplido la mayoría de edad formule por sí la denuncia o ratifique la formulada por sus representantes legales durante su minoría de edad. Si como consecuencia de cualquiera de los delitos indicados hubiera ocurrido la muerte del menor de edad, comenzará a correr desde la medianoche del día en que aquel hubiera alcanzado la mayoría de edad. La prescripción se interrumpe solamente por: a) La comisión de otro delito; b) El primer llamado efectuado a una persona, en el marco de un proceso judicial, con el objeto de recibirle declaración indagatoria por el delito investigado; c) El requerimiento acusatorio de apertura o elevación a juicio, efectuado en la forma que lo establezca la legislación procesal correspondiente; d) El auto de citación a juicio o acto procesal equivalente; y e) El dictado de sentencia condenatoria, aunque la misma no se encuentre firme. La prescripción corre, se suspende o se interrumpe separadamente para cada delito y para cada uno de sus partícipes, con la excepción prevista en el segundo párrafo de este artículo. (Artículo sustituido por art. 2º de la ley 27.206, BO 10/11/2015)".

(43) Art. 10 del Cód. Penal: "Podrán, a criterio del juez competente, cumplir la pena de reclusión o prisión en detención domiciliaria: a) El interno enfermo cuando la privación de la libertad en el establecimiento carcelario le impide recuperarse o tratar adecuadamente su dolencia y no correspondiere su alojamiento en un establecimiento hospitalario; b) El interno que padezca una enfermedad incurable en período terminal; c) El interno discapacitado cuando la privación de la libertad en el establecimiento carcelario es inadecuada por su condición implicándole un trato indigno, inhumano o cruel; d) El interno mayor de setenta [70] años; e) La mujer embarazada; f) La madre de un niño menor de cinco [5] años o de una persona con discapacidad a su cargo. (Artículo sustituido por art. 4º de la ley 26.472, BO 20/01/2009)".

(44) Art. 170 del Cód. Proc. Penal de Buenos Aires: "Excarcelación extraordinaria. En los casos que conforme a las previsiones de los incs. 1º y 2º del artículo anterior no correspondiere la excarcelación, podrá ser concedida de oficio o a pedido de parte cuando por la objetiva valoración de las características del o de los hechos atribuidos, de las condiciones personales del imputado y de otras circunstancias que se consideren relevantes, se pudiera presumir que el mismo no procurará eludir u obstaculizar la investigación ni burlar la acción de la justicia. En estos casos el órgano interviniente podrá, de acuerdo con las circunstancias y a la personalidad del detenido, someterlo al cumplimiento de reglas especiales de vigilancia y/o cuidado asistencial, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 180. La excarcelación prevista por este artículo sólo podrá concederse mediante resolución fundada y se efectivizará cuando el auto que la conceda quede firme".

(45) Art. 371 del Cód. Proc. Penal de Buenos Aires. (Texto según ley 13.260): "Deliberación: Terminado el debate el Tribunal, fuera de la presencia de las partes y el público, pasará a deliberar en sesión secreta, a la que sólo podrán asistir el Secretario, el Prosecretario o el Auxiliar Letrado. El quebrantamiento de esta formalidad es causal de nulidad de juicio. La resolución contendrá una exposición clara, lógica y completa de cada uno de los hechos y circunstancias que se dieren por probados, y de la valoración de los medios de prueba que fundamentan dichas conclusiones, así como la enunciación de las razones por las cuales no fueran atendibles las pruebas decisivas contrarias a las mismas; debiendo responderse a los planteamientos sustanciales realizados por las partes. El Tribunal procederá a plantear y votar las cuestiones esenciales referidas a: 1) La existencia del hecho en su exteriorización. 2) La participación de los procesados en el mismo. 3) La existencia de eximentes. 4) La verificación de atenuantes. 5) La concurrencia de agravantes. Si se resolviera negativamente la primera o la segunda cuestión, o en sentido afirmativo la tercera, no se tratarán las demás. Las cuestiones relativas a eximentes, atenuantes o agravantes, sólo se plantearán cuando hubieren sido discutidas o el Tribunal las encontrare pertinentes, en este último caso siempre que fuera en favor del imputado. Cuando el veredicto fuese absolutorio, se ordenará la libertad del imputado y la cesación de las restricciones impuestas, o la aplicación de las medidas de seguridad resueltas oportunamente. Si se hubiese deducido acción civil, podrá hacerse lugar a la misma otorgando la restitución o indemnización demandadas. Cuando el veredicto fuere condenatorio y correspondiere la imposición de una pena privativa de la libertad de efectivo cumplimiento, el Tribunal podrá disponer una medida de coerción, agravar la aplicada o aumentar las condiciones a que se encuentre sometida la

libertad del imputado; aun cuando el fallo no se hallare firme y en proporción al aumento verificado de peligro cierto de frustración del proceso".

(46) Art. 2º de la ley 12.256. A fin de asegurar el principio de igualdad de trato, la única Ley aplicable en el territorio bonaerense será la presente, cualquiera sea la autoridad judicial, provincial, nacional o extranjera, a cuyo cargo ellos se encuentren".

(47) "Detención domiciliaria (Título según ley 14.96). Art. 19 de la ley 12.256 (Texto según ley 14.296). Podrán solicitar permanecer en detención domiciliaria: a) El interno enfermo cuando la privación de la libertad en el establecimiento carcelario le impida recuperarse o tratar adecuadamente su dolencia y no correspondiere su alojamiento en un establecimiento hospitalario; b) El interno que padezca una enfermedad incurable en período terminal; c) El interno discapacitado cuando la privación de la libertad en el establecimiento carcelario sea inadecuada por su condición implicándole un trato indigno, inhumano o cruel; d) El interno mayor de setenta [70] años; e) La mujer embarazada; f) La madre de un niño menor de cinco [5] años o de una persona con discapacidad a su cargo. El pedido lo podrá formular también un familiar, persona o institución responsable que asuma su cuidado, previo dictámenes que lo fundamenten y justifiquen. La decisión será adoptada por el juez competente con la intervención del Ministerio Público y podrá ser recurrida por apelación".

(48) "Pena domiciliaria. Art. 115 de la ley 12.256 (Texto según ley 14.296). La pena domiciliaria prevista en el art. 10 del Código Penal, o cualquier medida sustitutiva o alternativa a cumplirse total o parcialmente fuera de los establecimientos penitenciarios, será supervisada en su ejecución de conformidad a lo establecido en el art. 20 de esta Ley".

(49) Capítulo III. Normativa común. Libertad condicional libertad asistida. Art. 101 de la ley 12.256 (Texto según ley 14.296): "Los grupos de admisión y seguimiento orientarán su tarea de acompañamiento a la preparación para el egreso de todos los condenados incorporados a cualquiera de los regímenes de la presente Ley ante la proximidad de la concesión de la libertad condicional, libertad asistida o definitiva por agotamiento de la pena. En lo relativo a la libertad condicional y libertad asistida se observarán las disposiciones del art. 3º de la presente Ley".

(50) Art. 226 de la ley 24.660: "Dentro de los ciento ochenta días de la vigencia de esta ley el Poder Ejecutivo nacional, por intermedio del Ministerio de Justicia, procederá a revisar los convenios existentes con las provincias a fin de que puedan asumir las funciones que constitucionalmente le pertenecen respecto a los procesados y condenados por sus tribunales".

(51) Art. 40 del Cód. Penal: "En las penas divisibles por razón de tiempo o de cantidad, los tribunales fijarán la condenación de acuerdo con las circunstancias atenuantes o agravantes particulares a cada caso y de conformidad a las reglas del artículo siguiente. Art. 41 del Cód. Penal. A los efectos del artículo anterior, se tendrá en cuenta: 1º. La naturaleza de la acción y de los medios empleados para ejecutarla y la extensión del daño y del peligro causado; 2º. La edad, la educación, las costumbres y la conducta precedente del sujeto, la calidad de los motivos que lo determinaron a delinquir, especialmente la miseria o la dificultad de ganarse el sustento propio necesario y el de los suyos, la participación que haya tomado en el hecho, las reincidencias en que hubiera incurrido y los demás antecedentes y condiciones personales, así como los vínculos personales, la calidad de las personas y las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión que demuestren su mayor o menor peligrosidad. El juez deberá tomar conocimiento directo y de visu del sujeto, de la víctima y de las circunstancias del hecho en la medida requerida para cada caso".

(52)

<http://www.pensamientopenal.com.ar/legislacion/46694-anteproyecto-codigo-penal-argentino-comision-borinsky>, último acceso agosto de 2018.

(53) Art. 5º de la CN: "Cada provincia dictará para sí una Constitución bajo el sistema representativo republicano, de acuerdo con los principios, declaraciones y garantías de la Constitución Nacional; y que asegure su administración de justicia, su régimen municipal, y la educación primaria. Bajo de estas condiciones el Gobierno federal, garante a cada provincia el goce y ejercicio de sus instituciones".

(54) Art. 168 de la Const. provincial: "Los tribunales de justicia deberán resolver todas las cuestiones que le fueren sometidas por las partes, en la forma y plazos establecidos al efecto por las leyes procesales. Los jueces que integran los tribunales colegiados deberán dar su voto en todas las cuestiones esenciales a decidir. Para que exista sentencia debe concurrir mayoría de opiniones acerca de cada una de ellas. Art. 171 de la Const. provincial. Las sentencias que pronuncien los jueces y tribunales letrados serán fundadas en el texto expreso de la ley; y a falta de este, en los principios jurídicos de la legislación vigente en la materia respectiva, y en defecto de estos, en los principios generales del derecho, teniendo en consideración las circunstancias del caso".

(55) Al respecto, en el precedente "Maldonado" (Fallos 328:4343) la CS estableció la obligatoriedad para el

Tribunal que fija la pena de tomar conocimiento de visu del condenado previo a ello. Al referirse a la regla del art. 41, inc. 2º, in fine, la Corte estableció: "Que se trata de una regla claramente destinada a garantizar el derecho del imputado a ser oído antes de que se lo condene, así como a asegurar que una decisión de esta trascendencia no sea tomada por los tribunales sin un mínimo de intermediación. Desde el punto de vista de la ley penal de fondo, una pena dictada sin escuchar lo que tiene que decir al respecto el condenado no puede considerarse bien determinada" (consid. 19). De conformidad con dicho precedente, en el caso "Pin, Hugo y otros" (P. 1659. XL) del 8 de septiembre de 2009, el Máximo Tribunal de la Nación advirtió, de oficio, que los jueces de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico no habían tomado conocimiento de visu del condenado antes de determinar la pena y dejaron sin efecto la sentencia apelada, devolviendo los autos al tribunal de origen a fin de que se dicte una nueva sentencia con arreglo a lo resuelto. En el mismo sentido, la SCBA ha establecido la necesidad de que los jueces tomen conocimiento directo y de visu del imputado cuando la nueva individualización de la pena se produzca transcurrido un lapso de tiempo considerable entre el hecho delictivo y la individualización de la pena, pues tal circunstancia "impone no omitir el cumplimiento de la regla del art. 41, inc. 2º del Cód. Penal según la cual se tendrán en cuenta para fijar la pena, entre diversas circunstancias, "las condiciones personales" del agente del delito" (v. P. 73.366 "G" del 31 de agosto de 2007 y P. 85.467 "Castro" del 10 de septiembre de 2008).

(56) Art. 41 ter del Cód. Penal: "Las escalas penales podrán reducirse a las de la tentativa respecto de los partícipes o autores por algún delito de los detallados a continuación en este artículo, cuando durante la sustanciación del proceso del que sean parte, brinden información o datos precisos, comprobables y verosímiles. El proceso sobre el cual se aporten datos o información deberá estar vinculado con alguno de los siguientes delitos: a) Delitos de producción, tráfico, transporte, siembra, almacenamiento y comercialización de estupefacientes, precursores químicos o cualquier otra materia prima para su producción o fabricación previstos en la ley 23.737 o la que en el futuro la reemplace, y la organización y financiación de dichos delitos; b) Delitos previstos en la sección XII, tít. I del Cód. Aduanero; c) Todos los casos en los que sea aplicable el art. 41 quinquies del Cód. Penal; d) Delitos previstos en los arts. 125, 125 bis, 126, 127 y 128 del Cód. Penal; e) Delitos previstos en los arts. 142 bis, 142 ter y 170 del Cód. Penal; f) Delitos previstos en los arts. 145 bis y 145 ter del Código Penal; g) Delitos cometidos en los términos de los arts. 210 y 210 bis del Código Penal; h) Delitos previstos en los caps. VI, VII, VIII, IX, IX bis y X del tít. XI y en el inc. 5º del art. 174, del Cód. Penal; i) Delitos previstos en el tít. XIII, del libro segundo, del Cód. Penal. Para la procedencia de este beneficio será necesario que los datos o información aportada contribuyan a evitar o impedir el comienzo, la permanencia o consumación de un delito; esclarecer el hecho objeto de investigación u otros conexos; revelar la identidad o el paradero de autores, coautores, instigadores o partícipes de estos hechos investigados o de otros conexos; proporcionar datos suficientes que permitan un significativo avance de la investigación o el paradero de víctimas privadas de su libertad; averiguar el destino de los instrumentos, bienes, efectos, productos o ganancias del delito; o indicar las fuentes de financiamiento de organizaciones criminales involucradas en la comisión de los delitos previstos en el presente artículo. Cuando el delito atribuido al imputado estuviere reprimido con prisión y/o reclusión perpetua, la pena sólo podrá reducirse hasta los quince [15] años de prisión. La reducción de pena no procederá respecto de las penas de inhabilitación o multa".

(57) Art. 58 del Cód. Penal: "Las reglas precedentes se aplicarán también en el caso en que después de una condena pronunciada por sentencia firme se deba juzgar a la misma persona que esté cumpliendo pena por otro hecho distinto; o cuando se hubieren dictado dos o más sentencias firmes con violación de dichas reglas. Corresponderá al juez que haya aplicado la pena mayor dictar, a pedido de parte, su única sentencia, sin alterar las declaraciones de hechos contenidas en las otras. Cuando por cualquier causa la justicia federal, en autos en que ella haya intervenido, no pueda aplicar esta regla, lo hará la justicia ordinaria nacional o provincial que conoció de la infracción penal, según sea el caso".

(58) Art. 18 del Cód. Proc. Penal de Buenos Aires: "Unificación de penas. Cuando corresponda unificar penas, el órgano judicial, de oficio o a petición de parte, solicitará testimonio de la sentencia y cómputo de pena respectivos. En caso necesario podrá pedirse la remisión de los expedientes. Cuando el requerimiento proviniera de un órgano judicial de ajena jurisdicción, se aplicará el mismo trámite. Con el testimonio de la sentencia y cómputo de pena, o en su caso con los autos recibidos, se correrá vista a las partes por seis [6] días y luego se dictará la sentencia unificadora".

(59) Título XI. Del ejercicio de las acciones. Art. 71 del Cód. Penal: "Sin perjuicio de las reglas de disponibilidad de la acción penal previstas en la legislación procesal, deberán iniciarse de oficio todas las acciones penales, con excepción de las siguientes: 1) Las que dependieren de instancia privada; 2) Las acciones privadas. (Artículo sustituido por art. 2º de la ley 27.147 BO 18/06/2015). Art. 72 del Cód. Penal. Son acciones dependientes de instancia privada las que nacen de los siguientes delitos: 1º) Los previstos en los arts. 119, 120 y 130 del Cód. Penal cuando no resultare la muerte de la persona ofendida o lesiones de las mencionadas en el

art. 91. 2º) Lesiones leves, sean dolosas o culposas. Sin embargo, en los casos de este inciso se procederá de oficio cuando mediaren razones de seguridad o interés público. 3º) Impedimento de contacto de los hijos menores con sus padres no convivientes. En los casos de este artículo, no se procederá a formar causa sino por acusación o denuncia del agraviado, de su tutor, guardador o representantes legales. Sin embargo, se procederá de oficio cuando el delito fuere cometido contra un menor que no tenga padres, tutor ni guardador, o que lo fuere por uno de sus ascendientes, tutor o guardador. Cuando existieren intereses gravemente contrapuestos entre algunos de estos y el menor, el Fiscal podrá actuar de oficio cuando así resultare más conveniente para el interés superior de aquel. (Artículo sustituido por art. 14 de la ley 25.087 BO 14/05/1999). Art. 73 del Cód. Penal. Son acciones privadas las que nacen de los siguientes delitos: 1) Calumnias e injurias; 2) Violación de secretos, salvo en los casos de los arts. 154 y 157; 3) Concurrencia desleal, prevista en el art. 159; 4) Incumplimiento de los deberes de asistencia familiar, cuando la víctima fuere el cónyuge. Asimismo, son acciones privadas las que, de conformidad con lo dispuesto por las leyes procesales correspondientes, surgen de la conversión de la acción pública en privada o de la prosecución de la acción penal por parte de la víctima. La acción por calumnia e injuria podrá ser ejercitada sólo por el ofendido y después de su muerte por el cónyuge, hijos, nietos o padres sobrevivientes. En los demás casos, se procederá únicamente por querrela del agraviado o de sus guardadores o representantes legales. (Artículo sustituido por art. 3º de la ley 27.147 BO 18/06/2015)".

(60) BINDER, Alberto M., "Introducción al Derecho Procesal Penal", Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2000, 2ª ed. actualizada y ampliada, reimpresión, ps. 92/95.

(61) *Ibidem*, p. 210.

(62) *Ibidem*, p. 212.

(63) GRANILLO FERNÁNDEZ, Héctor, "Código de Procedimiento Penal de la Provincia de Buenos Aires", Ed. La Ley, 2ª ed. actualizada y ampliada, t I. Arts. 1º al 265, 2009, ps. 126 y ss.

(64) Art. 76 bis: "El imputado de un delito de acción pública reprimido con pena de reclusión o prisión cuyo máximo no exceda de tres años, podrá solicitar la suspensión del juicio a prueba. En casos de concurso de delitos, el imputado también podrá solicitar la suspensión del juicio a prueba si el máximo de la pena de reclusión o prisión aplicable no excediese de tres años. Al presentar la solicitud, el imputado deberá ofrecer hacerse cargo de la reparación del daño en la medida de lo posible, sin que ello implique confesión ni reconocimiento de la responsabilidad civil correspondiente. El juez decidirá sobre la razonabilidad del ofrecimiento en resolución fundada. La parte damnificada podrá aceptar o no la reparación ofrecida, y en este último caso, si la realización del juicio se suspendiere, tendrá habilitada la acción civil correspondiente. Si las circunstancias del caso permitieran dejar en suspenso el cumplimiento de la condena aplicable, y hubiese consentimiento del fiscal, el Tribunal podrá suspender la realización del juicio. Si el delito o alguno de los delitos que integran el concurso estuviera reprimido con pena de multa aplicable en forma conjunta o alternativa con la de prisión, será condición, además, que se pague el mínimo de la multa correspondiente. El imputado deberá abandonar en favor del estado, los bienes que presumiblemente resultarían decomisados en caso de que recayera condena. No procederá la suspensión del juicio cuando un funcionario público, en el ejercicio de sus funciones, hubiese participado en el delito. Tampoco procederá la suspensión del juicio a prueba respecto de los delitos reprimidos con pena de inhabilitación. Tampoco procederá la suspensión del juicio a prueba respecto de los ilícitos reprimidos por las Leyes 22.415 y 24.769 y sus respectivas modificaciones. (Párrafo incorporado por art. 19 de la ley 26.735 BO 28/12/2011). (Artículo incorporado por art. 3º de la ley 24.316 BO 19/05/1994)".

(65) Capítulo IV. Suspensión del proceso a prueba. Art. 404 del Cód. Proc. Penal de Buenos Aires. (Texto según ley 14.296): "Procedencia. En los casos que la ley permita suspender el proceso, a requerimiento de parte y desde la declaración del art. 308 de este Código, el órgano jurisdiccional competente convocará a las partes a una audiencia. El acuerdo entre Fiscal y Defensor será vinculante para el Juez o Tribunal, salvo ilegalidad o irracionalidad de las obligaciones impuestas. La resolución deberá ser inmediatamente comunicada a la Secretaría de Control del Juzgado de Ejecución. En los casos en que se formule la petición ante un órgano colegiado, actuará un [1] solo Juez, quien podrá sustanciarlo y resolverlo. Las partes sólo podrán acordar este trámite hasta treinta [30] días antes de la fecha fijada para la audiencia del debate oral".

(66) "Góngora, Gabriel A." causa 14.092. Sentencia del 23 de abril de 2013. Corte Suprema de Justicia de la Nación. Capital Federal, Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Voto de los Sres. Magistrados (mayoría): Lorenzetti, Highton, Fayt, Maqueda, Argibay. Voto: Zaffaroni. Id SAII: FA13000038. Sumario: "...Corresponde revocar la decisión que anuló el auto que había rechazado la solicitud de suspensión del juicio a prueba (art. 76 bis del Cód. Penal) en una causa en que no se ha puesto en crisis la calificación de los sucesos investigados como hechos de violencia contra la mujer, ya que el art. 7º de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer impone considerar que en el marco de un ordenamiento jurídico que ha incorporado al referido instrumento internacional como nuestro país, la adopción de alternativas

distintas a la definición del caso en la instancia del debate oral es improcedente, lo que surge de considerar que el sentido del término juicio ('un juicio oportuno' según el inc. f del artículo mencionado) resulta congruente con el significado que en los ordenamientos procesales se otorga a la etapa final del procedimiento criminal, en tanto únicamente de allí puede derivar el pronunciamiento definitivo sobre la culpabilidad o inocencia del imputado, es decir, verificarse la posibilidad de sancionar esta clase de hechos exigida por la Convención...". Fuente del sumario: Oficial - Corte Suprema de Justicia de la Nación (<http://www.saij.gob.ar/corte-suprema-justicia-nacion-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires-gongora-gabriel-arnaldo-causa-1409>). Último acceso, agosto de 2018.

(67) "Capítulo III. Deberes de los estados. Art. 7º de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer conocida también como la Convención de Belem do Pará. Los Estados Partes condenan todas las formas de violencia contra la mujer y convienen en adoptar, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia y en llevar a cabo lo siguiente: a. abstenerse de cualquier acción o práctica de violencia contra la mujer y velar por que las autoridades, sus funcionarios, personal y agentes e instituciones se comporten de conformidad con esta obligación; b. actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer...".

(68) Art. 132 del Cód. Penal: "En los delitos previstos en los arts. 119: 1º, 2º, 3º párrafos, 120: 1º párrafo, y 130 la víctima podrá instar el ejercicio de la acción penal pública con el asesoramiento o representación de instituciones oficiales o privadas sin fines de lucro de protección o ayuda a las víctimas. (Artículo sustituido por art. 1º de la ley 26.738 BO 07/04/2012)".

(69) Capítulo 2 bis: Abigeato (Capítulo incorporado por art. 3º de la ley 25.890 BO 21/05/2004). Art. 167 ter del Cód. Penal: "Será reprimido con prisión de dos [2] a seis [6] años el que se apodereare ilegítimamente de una [1] o más cabezas de ganado mayor o menor, total o parcialmente ajeno, que se encontrare en establecimientos rurales o, en ocasión de su transporte, desde el momento de su carga hasta el de su destino o entrega, incluyendo las escalas que se realicen durante el trayecto. La pena será de tres [3] a ocho [8] años de prisión si el abigeato fuere de cinco [5] o más cabezas de ganado mayor o menor y se utilizare un medio motorizado para su transporte. (Artículo incorporado por art. 3º de la ley 25.890 BO 21/05/2004) Art. 167 quater del Cód. Penal. Se aplicará reclusión o prisión de cuatro [4] a diez [10] años cuando en el abigeato concurre alguna de las siguientes circunstancias: 1. El apoderamiento se realizare en las condiciones previstas en el art. 164. 2. Se alteraren, suprimieren o falsificaren marcas o señales utilizadas para la identificación del animal. 3. Se falsificaren o se utilizaren certificados de adquisición, guías de tránsito, boletos de marca o señal, o documentación equivalente, falsos. 4. Participare en el hecho una persona que se dedique a la crianza, cuidado, faena, elaboración, comercialización o transporte de ganado o de productos o subproductos de origen animal. 5. Participare en el hecho un funcionario público quien, violando los deberes a su cargo o abusando de sus funciones, facilitare directa o indirectamente su comisión. 6. Participaren en el hecho tres [3] o más personas. (Artículo incorporado por art. 3º de la ley 25.890 BO 21/05/2004). Art. 167 quinquies del Cód. Penal. En caso de condena por un delito previsto en este Capítulo, el culpable, si fuere funcionario público o reuniere las condiciones personales descriptas en el art. 167 quater, inc. 4º, sufrirá, además, inhabilitación especial por el doble del tiempo de la condena. En todos los casos antes previstos también se impondrá conjuntamente una multa equivalente de dos [2] a diez [10] veces del valor del ganado sustraído". (Artículo incorporado por art. 3º de la ley 25.890 BO 21/05/2004).

(70)

<https://www.cij.gov.ar/nota-28821--La-Corte-Suprema-resolvi--que-en-Salta-no-podr--darse-educaci-n-religiosa-en-las-escuelas-p> (último acceso agosto de 2018).

(71) Capítulo III. Disposiciones comunes a los Capítulos precedentes. Art. 231 del Cód. Penal: "Luego que se manifieste la rebelión o sedición, la autoridad nacional más próxima intimará hasta dos veces a los sublevados que inmediatamente se disuelvan o retiren, dejando pasar entre una y otra intimación el tiempo necesario para ello. Si los sublevados no se retiraren inmediatamente después de la segunda intimación, la autoridad hará uso de la fuerza para disolverlos. No serán necesarias, respectivamente, la primera y segunda intimación, desde que los sublevados hicieron uso de las armas. Art. 232 del Cód. Penal. En caso de disolverse el tumulto sin haber causado otro mal que la perturbación momentánea del orden, sólo serán enjuiciados los promotores o directores, a quienes se reprimirá con la mitad de la pena señalada para el delito".

(72) CREUS, Carlos, "Derecho Penal. Parte Especial. Tomo II", Ed. Astrea, Buenos Aires, 1998, 6ª ed. actualizada y ampliada, 1ª reimpresión, p. 201.

(73) Art. 305 del Cód. Penal: "El juez podrá adoptar desde el inicio de las actuaciones judiciales las medidas cautelares suficientes para asegurar la custodia, administración, conservación, ejecución y disposición

del o de los bienes que sean instrumentos, producto, provecho o efectos relacionados con los delitos previstos en los artículos precedentes. En operaciones de lavado de activos, serán decomisados de modo definitivo, sin necesidad de condena penal, cuando se hubiere podido comprobar la ilicitud de su origen, o del hecho material al que estuvieren vinculados, y el imputado no pudiese ser enjuiciado por motivo de fallecimiento, fuga, prescripción o cualquier otro motivo de suspensión o extinción de la acción penal, o cuando el imputado hubiere reconocido la procedencia o uso ilícito de los bienes. Los activos que fueren decomisados serán destinados a reparar el daño causado a la sociedad, a las víctimas en particular o al Estado. Sólo para cumplir con esas finalidades podrá darse a los bienes un destino específico. Todo reclamo o litigio sobre el origen, naturaleza o propiedad de los bienes se realizará a través de una acción administrativa o civil de restitución. Cuando el bien hubiere sido subastado sólo se podrá reclamar su valor monetario. (Artículo incorporado por art. 5º de la ley 26.683 BO 21/06/2011)".

(74) Recompensas. (Título Incorporado por ley 14.296). Art. 41 bis de la ley 12.256 (Artículo Incorporado por ley 14.296): "Los actos del interno que demuestren buena conducta, espíritu de trabajo, voluntad en el aprendizaje y sentido de responsabilidad en el comportamiento personal y en las actividades organizadas del establecimiento, serán estimulados mediante un sistema de recompensas. Sin perjuicio de lo que determine la reglamentación y salvo los casos del art. 100 de la presente, el Juez de Ejecución o Juez competente podrá recompensar al condenado que tuviera conducta ejemplar con una rebaja en la pena a razón de diez [10] días por año de prisión o reclusión cumplida en los cuales haya efectivamente trabajado o estudiado".

(75) Capítulo XXI. Disposiciones finales. Art. 228 de la ley 24.660: "La Nación procederá a readecuar la legislación y las reglamentaciones penitenciarias existentes dentro de un [1] año a partir de la entrada en vigencia de la presente ley, a efectos de concordarlas con sus disposiciones. De igual forma, se invita a las provincias y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a readecuar su legislación y reglamentaciones penitenciarias".

(76) Capítulo VI. Recompensas. Art. 105 de la ley 24.660: "Los actos del interno que demuestren buena conducta, espíritu de trabajo, voluntad en el aprendizaje y sentido de responsabilidad en el comportamiento personal y en las actividades organizadas del establecimiento, serán estimulados mediante un sistema de recompensas reglamentariamente determinado".

(77) Art. 140 de la ley 24.660: "Estímulo educativo. Los plazos requeridos para el avance a través de las distintas fases y períodos de la progresividad del sistema penitenciario se reducirán de acuerdo con las pautas que se fijan en este artículo, respecto de los internos que completen y aprueben satisfactoriamente total o parcialmente sus estudios primarios, secundarios, terciarios, universitarios, de posgrado o trayectos de formación profesional o equivalentes, en consonancia con lo establecido por la ley 26.206 en su cap. XII: a) un [1] mes por ciclo lectivo anual; b) dos [2] meses por curso de formación profesional anual o equivalente; c) dos [2] meses por estudios primarios; d) tres [3] meses por estudios secundarios; e) tres [3] meses por estudios de nivel terciario; f) cuatro [4] meses por estudios universitarios; g) dos [2] meses por cursos de posgrado. Estos plazos serán acumulativos hasta un máximo de veinte [20] meses. (Artículo sustituido por art. 1º de la ley 26.695 BO 29/08/2011)".