

Elaboración legislativa del derecho en las escalas penales agravadas y su nivel de racionalidad

Por: Luis Francisco Palomares¹

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad Nacional de La Plata, Argentina

Palabras clave: racionalidad legislativa, argumentación jurídica, legislador, escalas penales, escalas agravadas.

Índice general

1. Prólogo

“A”

2. Presentación General del tema: Determinación de la pena; Escalas Penales Agravadas

2.1. Evolución Histórica de las Escalas Penales Agravadas

2.2. Modelos Político-Criminales implícitos en las escalas penales agravadas

2.2.a. Escalas Penales Agravadas en el Código Penal de 1922

2.2. b. Escalas posteriores al Código Penal de 1922

2.2.c. Escalas Penales motivadas en la necesidad de ajustar la legislación a la Constitución Nacional, convenciones, tratados y leyes extranjeras

2.2.d. Escalas Penales Agravadas motivadas en la “inseguridad”

2.3. Importancia de las escalas penales en el código penal

2.3. a. Incidencia en la prescripción de la acción

¹ Abogado y escribano (UNLP). Alumno de la carrera de Especialización en Derecho Penal de la Universidad Nacional de La Plata. Miembro de la Comisión del Migrante de la Defensoría General de la Nación. Email: estudiopalomares@outlook.com



- 2.3. b. Incidencia en la Ejecución de la pena
- 2.4. Importancia de las escalas penales en las teorías penales
- 3. Análisis de las Agravantes según los niveles de racionalidad de Atienza (diagnóstico)
 - 3.1. Nivel de Racionalidad Lingüístico
 - 3.1. a. Textualidad / Paratextualidad
 - 3.2. Nivel de Racionalidad Jurídico-formal
 - 3.2.a. Consistencia entre la escala penal y normas superiores
 - 3.2. b. Problemas de significación
 - 3.2. c. Problemas lógicos
 - 3.3. Nivel de Racionalidad Teleológico
 - 3.4. Nivel de Racionalidad Pragmático. Eficacia y desuetudos
 - 3.5. Nivel de Racionalidad Ético
 - 3.6. Destrucción de la sistematicidad del código de 1921

“B”

Agravante en particular: art.2, Ley de Prevención y Sanción de la Violencia en Espectáculos Deportivos

- 4. Estrategias de resolución de problemas (posibles soluciones)
 - 4.1. Soluciones Generales
 - 4.2. Solución de la Agravante Genérica en particular
- 5. Análisis de los problemas y posibles soluciones, en base a los niveles de racionalidad trabajados:
 - 5.1. Nivel de Racionalidad Lingüístico
 - 5.2. Nivel de Racionalidad Jurídico-formal
 - 5.3. Nivel de Racionalidad Teleológico
 - 5.4. Nivel de Racionalidad Pragmático
 - 5.5. Nivel de Racionalidad Ético
- 6. Epílogo
- 7. Referencias

Abreviaturas utilizadas:

CCC: Código Civil y Comercial.

CNCP: Cámara Nacional de Casación Penal.

CP: Código Penal argentino.

CSJN: Corte Suprema de Justicia de la Nación.

LPSVEP: Ley de Prevención y Sanción de la Violencia en Espectáculos Deportivos.

MS: Ministerio de Seguridad.

PEN: Poder Ejecutivo Nacional.

TOC: Tribunal Oral Criminal.

1. Prólogo

El ordenamiento jurídico interno de un país cambia constantemente con el correr del tiempo, ello no le es extraño al derecho penal, pero hay que decir que no todo cambio es sinónimo de *progreso* en la ciencia jurídica en especial dentro de esta rama que se caracteriza por marchas y contramarchas, es por eso que muchas veces la involución no es más que el antecedente a la revolución acarreado un progreso junto a su perfeccionamiento.

El código Penal Argentino de 1921 nació con una notoria *sistematicidad, racionalidad y coherencia* interna, posteriormente a su aparición fue incordiado por corrientes estrictamente positivistas, que intentaron modificarlo rápidamente con proyectos de ley de manera cíclica (ver proyectos de reforma de los años : 1924, 1928, 1930, 1932, 1936 etc.), demostrando el comienzo de un proceso de reformas legislativas que comenzaría a hacerse efectivo en 1963 (Ley 16.648) aumentando paulatinamente hasta la actualidad. Con cada reforma que se intente introducir dentro de una estructura lógica, se debe pagar un *costo*, si bien no es menos cierto que el paso del tiempo soluciona los inconvenientes mediante el trabajo de la doctrina y jurisprudencia, muchas

veces estas dificultades pueden ser resueltas con una correcta técnica legislativa y un estudio acabado sobre organicidad y estructura de un sistema legal en el caso que nos ocupa el penal. La *teoría de los Niveles de Racionalidad* incorpora principios lógicos y racionales como solución, a la hora de sortear los diferentes problemas que se suscitan dentro del proceso de legislación, esto es la elaboración legislativa del derecho.

Aceptando la invitación del doctor Ernesto E. Domenech - Director de la Especialización en Derecho Penal de la UNLP y en este caso como catedrático de la materia Política Criminal - , me propongo la elaboración del presente trabajo con el objetivo de analizar las problemáticas, que suscitan las *escalas penales agravadas* introducidas por las sucesivas reformas al Código Penal Argentino desde la óptica del paradigma de los niveles de racionalidad descritos por Manuel Atienza en su libro "*Tras la justicia*", tratando de arrojar soluciones y argumentación sobre esta temática olvidada por los tratados y manuales de derecho penal de nuestro país.

El presente se dividirá en dos apartados; en su primera etapa me abocare a un análisis histórico y jurídico sobre las problemáticas que plantean las agravantes en sentido general, en su segundo apartado abordaré las cuestiones con especial énfasis en la agravante contenida en el artículo 2, de la *Ley de Prevención y Sanción de la Violencia en Espectáculos Deportivos*.

Con la finalidad de llevar adelante un análisis lo más diáfano posible, partiendo desde cuestiones sencillas (parte histórica - política), para luego introducir al lector en las cuestiones lógicas, filosóficas y jurídicas, esforzándome siempre por la utilización de un lenguaje claro y simple dirigido a un público no necesariamente especializado.

Luis Francisco PALOMARES.

2. Presentación General del tema: Determinación de la pena; Escalas Penales Agravadas

La individualización de la pena consiste en determinar qué respuesta jurídico-penal corresponde a determinado ilícito en concreto, dicho proceso consiste en tres estadios que se complementan entre sí; determinación legal, determinación judicial y determinación administrativa (penitenciaria). Descartando este último momento, dentro de este esquema encontramos uno legal y otro judicial, las escalas penales consisten en la construcción de un *marco legal* para determinar el monto de la pena, adecuándose a las características subjetivas y objetivas del ilícito cometido. Se trata del elemento adoptado por las legislaciones modernas para la adecuación de la pena a un hecho penal determinado.

La codificación ha propuesto dos sistemas bien diferenciados en lo que respecta a las escalas penales, sus circunstancias² agravantes y atenuantes; por un lado, encontramos sistemas de máxima enumeración legal, donde la aplicación de la pena, aumentos y disminuciones del quantum son impuestos por el legislador mediante la norma de forma rígida, este fue el sistema adoptado por los códigos europeos del siglo XIX siguiendo el modelo legalista francés de 1810.

En dicho siglo fue también que se pensó a la determinación legal como un límite fundamental a las garantías individuales, la escuela positiva italiana, las doctrinas penitenciarias anglosajonas, (recordar el sistema carcelario conocido como panóptico) entre otras, siguiendo un programa preventivo – especial de la pena pregonaron por un sistema de sentencia indeterminada, a concretar por juez en la individualización de la pena que corresponde al caso penal en concreto. (Mir Puig; 2005).

El código penal de 1921 adoptó un sistema de *libre arbitrio judicial* dejando al juez la adaptación de la pena, con la interpretación de los artículos 40 y 41 del CP. Pero en parte previo institutos y circunstancias especiales de agravación y

² Cuando nos referimos a circunstancias lo hacemos de manera diferenciada a los elementos constitutivos de un delito.

atenuación de la pena³. De hecho, el catálogo de circunstancias que agravan la escala penal desde 1984 hasta la fecha fue incrementado de manera indiscriminada e ininterrumpida nueve veces. El objeto del presente trabajo radica en un examen de los niveles de racionalidad sobre los agravantes introducidos con posterioridad a la redacción original del Código Penal Argentino.

2.1. Evolución Histórica de las Escalas Penales Agravadas

Sistemas de agravantes anteriores al Código de 1922

Las codificaciones penales más antiguas generalmente optaron por seguir el sistema de *penas fijas*, posteriormente con el paso del tiempo quedó evidenciado que se estaba cometiendo un error al aplicar reglas idénticas en todas las oportunidades, pues las diferencias objetivas y subjetivas en la comisión de los ilícitos eran notoriamente visibles.

El proyecto del doctor C. Tejedor se decantó por seguir un sistema especial, el Título quinto se ocupó de la agravación legal de la pena, los motivos generales para aumentar la pena eran la *reiteración y el concurso de delitos*. La reincidencia por su parte no correspondía a circunstancias genéricas por lo que⁴ se legislo especialmente. (Moreno, Rodolfo h.1923)

³ El código de 1921 contiene instituciones como la tentativa, la reincidencia, la minoridad de edad, la premeditación etc. que agravan y atenúan la pena de manera tasada.

⁴ Respecto a la modalidad legislativa que prevé concurrencia sobre la reincidencia cabe aclarar que existen dos sistemas; en primer término, nos encontramos con la reincidencia específica o genérica esta última tomada por el artículo 50 del C.P, en segundo lugar, la reincidencia puede ser *real o ficta*, el Proyecto de Tejedor optó por un sistema ficto, esto es que se requiere condena previa, pero sin necesidad de cumplimiento efectivo. Luego de la reforma adoptada por la ley 23.057 adoptó un sistema real, lo que significa que se requiere que la pena haya sido cumplida total o parcialmente, cabe aclarar que no puede tomarse como un caso de cumplimiento parcial la prisión preventiva.

El Título sexto por su parte, se ocupó de la atenuación y la agravación *prudencial* de la pena donde la ley deja al arbitrio del juez la individualización de la pena en el monto a imponer de manera proporcional según las circunstancias particulares del caso penal.⁵ Es así como el código de 1897 en su parte general contenía un sistema de agravantes y atenuantes genérico, el artículo 52 dispone que el juez; “en su cálculo habitual debía partir del término medio de la escala y recorrerla en más o en menos según concurrieran las circunstancias de los artículos 84 y 85”, este último agravaba la premeditación, el abuso de superioridad de fuerza, prevalerse de un cargo público, uso de armas prohibidas, entre otras. (Moreno, Rodolfo h.1923)

Posteriormente el proyecto Villegas, Ugarriza y García optó por cambiar el sistema especial propuesto en el proyecto de Tejedor *enumerando* así en concreto las circunstancias y no fijando reglas de apreciación.⁶ De haberse aprobado este proyecto hubiera significado un retroceso en materia de escalas penales.

El sistema de 1891 introdujo novedades, en primer lugar se suprimió la técnica de enumeración de casos, para retrotraer todo a un sistema de *apreciación* en los artículos 60 , 61 y 62 , el primero de ellos establecía que; “en las penas divisibles por razón de tiempo o cantidad, los tribunales podrán abreviar o prolongarla dentro del máximo y el mínimo en las circunstancias expresadas en los artículos siguientes, a los efectos del artículo anterior el 61 establecía elementos de consideración parecidos a los del artículo 41 de nuestro código

⁵ En la nota del artículo se subraya que todos los hechos que concurren de parte del agente, víctima, tiempo y lugar sirven para modificar la importancia de la pena.

⁶ El artículo 96 enumera las atenuantes y el artículo 97 las agravantes genéricas en 19 incisos, además el artículo 98 establecía la agravante en casos de parentesco reiterando lo enunciado en el artículo 97 inc. 1. El proyecto así dividía en dos partes lo relativo a la atenuación y agravación de las penas eliminando la agravación prudencial. Los aumentos y disminuciones estaban taxativamente especificados en su quantum limitando el arbitrio judicial

actual”. Por último, el artículo 63 rezaba por el aumento de la criminalidad desde el punto de vista de la intención en 5 incisos.

El proyecto de 1906 acentuó aún más el régimen anterior en sus artículos 42 y 43, sosteniendo que; “la enumeración es un obstáculo invencible debido a la infinita variedad de matices y elementos que presenta un delito”. (Moreno, Rodolfo h.1923).

Agravantes en el código de 1922

Examinando los sistemas adoptados por la ley concluimos que la codificación penal puede tomar dos sistemas, por un lado formar una lista de circunstancias agravantes y atenuantes, *sistema cerrado - legalista*, o puede dar normas generales al magistrado, sin limitaciones como en el código de 1922, este no contiene enumeraciones específicas de atenuación o agravación, solamente contempla situaciones aisladas como la tentativa, la participación accesoría la reincidencia y la minoría de edad en delitos punibles con pena superior a un año. Este código sigue el sistema de *libre albedrío judicial*, donde la ley deja a criterio judicial la adaptación de la pena al caso en concreto además amplio en relación a los proyectos antecesores, las circunstancias calificativas, en los artículos 40 y 41 adoptando el espíritu del código de 1906, en cuanto a la aplicación de reglas de apreciación de circunstancias calificativas, estableciendo como novedad para la época que el juez debe tomar conocimiento *directo y visu* del sujeto-imputado.-.

El código contempla una adaptación de la pena de acuerdo a un doble proceso *objetivo y subjetivo*, en el cual deben entre otras características apreciarse la probabilidad de que el sujeto vuelva a delinquir o no, obedeciendo al concepto de peligrosidad⁷

⁷ El código redactado por Moreno Hijo y modificado por la comisión reformadora del senado en 1921, integrada por Joaquín V. González, Enrique del Valle Ibarlucea y Pedro Garro, fueron objeto de duras críticas por parte de la ideología positivista imperante en la época. Se trata pues de un código de

Artículo 20 bis (1976-1984)

Esta agravante se incorporó con la ley 17.567 de 1968, derogada por la ley 20.501 y puesta nuevamente en vigencia por la ley 21.338, durante la dictadura militar de 1976. El texto original de 1922 no permitía imponer pena de inhabilitación especial, aunque mediara incompetencia o abuso, si la disposición aplicable al hecho no preveía su imposición, con la actual redacción se atiende ahora a un ámbito de delitos no siempre cubierto por las penas asignadas a los tipos penales descritos en la parte especial, procurando así, impedir al sujeto el ejercicio de una actividad que puede volver a ser empleada por él con fines delictivos.

Con el gobierno constitucional, se sanciona la Ley 23.077 llamada “Defensa de la Democracia”. Con ella se hicieron nuevas modificaciones al código y se derogaron leyes de facto, pero se dispuso la vigencia del art. 20 bis (1984).

Artículo 22 bis (1976-1984).

El artículo resultó agregado originariamente durante la presidencia de Juan Carlos Onganía por la ley 17.567 de 1968 la cual buscó retomar y actualizar el sistema de penas, teniendo en cuenta para ello el aprecio que generalmente se acuerda a los bienes de fortuna tomando como fuente directa el artículo 76 del proyecto de 1960, el cual se valía de la expresión *codicia* la cual finalmente en su trasplante en 1968 fue cambiada por el término *ánimo de lucro*, posteriormente la agravante fue derogada en 1973 y es repuesta mediante la Ley 21.338 en el año 1976 durante el período de facto de Jorge Rafael Videla, luego se dispuso su vigencia con la Ley 23.077 en la democracia. Por último, en el año 1993, con la Ley 24.286 el art. 1 punto. 8 actualizó su monto,

transición entre la escuela clásica y los adelantos de la escuela positivista. Podemos observar resabios de esta última, en conceptos como el de peligrosidad, destacando a Eusebio Gómez y José Ingenieros entre otros, quienes desarrollan y amplían el concepto en el libro *La Mala Vida* de Buenos Aires.

estableciéndose su máximo en noventa mil pesos, el cual se encuentra aún vigente.

Artículo 227 ter Código Penal de la Nación (año 1984)

El 13 de diciembre de 1983, tan sólo tres días después de haber jurado y asumido, el Presidente Raúl Alfonsín, se firmó un mensaje del P.E.N acompañando del proyecto de Ley de Defensa de la Democracia, que luego de los típicos cabildeos radicales se convirtió en la Ley 23.077 sancionada recién al año siguiente, por medio de esta última se introduce al código penal una agravante genérica. Partiendo de la dura recuperación de la democracia, Argentina enfrentaba una seria crisis de la deuda externa que se extendía a los principales países de América Latina y la inminente posibilidad de nuevos *levantamientos armados por parte de los militares*, en este sentido era imprescindible incorporar una norma que refleje, el imperativo de resguardo del orden constitucional y la vida democrática. La Ley de Defensa de la Democracia, N ° 23.077, fue sancionada con anterioridad a la reforma de la Constitución Nacional que consagró el Art. 36 del texto fundamental con dicho propósito.

Artículo 2 Ley Actos Discriminatorios N.º 23.592 (1988)

La ley de Actos Discriminatorios fija medidas para quienes arbitrariamente impidan el pleno ejercicio de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en el artículo 16 *Constitución Nacional*. La misma fue sancionada el 3 agosto de 1988 bajo el gobierno de Raúl Alfonsín y promulgada el 23 agosto del mismo año bajo el número 23.592 junto al compromiso asumido luego de la vuelta a la democracia en nuestro país y el deber de erradicar el terrorismo de estado llevado a cabo por motivos ideológicos, políticos y raciales entre otros, durante el proceso de Reorganización Nacional. Durante este

tiempo, esto es durante las décadas de 1970 y 1980, el estado realizó un régimen de represión ilegal, violencia indiscriminada, persecuciones y tortura sistematizada, culminando con la desaparición forzada de personas.

En su artículo segundo agrava de manera genérica la escala penal de los delitos contemplados en el Código Penal y leyes complementarias, esto obedece a que muchos de los delitos contenidos en el código pueden ser cometidos mediante diferentes formas de discriminación.

Artículo 13 Ley de Estupeficientes N.º 23.737 (1989)

El 11 de octubre del año 1989, en los primeros meses de la presidencia del Doctor Carlos Menen, se sanciona la ley 23.737 o mejor conocida como ley de estupeficientes que será un presagio de las futuras políticas carnales con los Estados Unidos. La llamada *guerra contra las drogas*, toma una nueva forma en los años 90, esta lucha pasó de ser un mero eslogan en los países de Latinoamérica, pues en años anteriores cumplían con un rol secundario, posteriormente debido a la sazón de grandes proveedores de estupeficientes al billonario mercado de consumo estadounidense por razones de prevención y seguridad la ruta del tráfico de estupeficientes toma mayor relevancia, en lo que respecta principalmente a los llamados “delitos económicos” del narcotráfico, así el artículo 13 introduce un agravamiento de la escala penal sin restricciones para quienes usen estupeficientes o facilitaren con ellos la ejecución de un delito.

Art.2 Ley de Prevención y Sanción de la Violencia en Espectáculos Deportivos N° 24.192 (1993)

Durante el siglo XX en nuestro país ha cambiado notoriamente el ámbito en torno al cual se desarrolla el deporte profesional y, en particular, ha adquirido suma trascendencia jurídica el espectáculo deportivo. De tal modo el deporte

profesional se transforma en un espectáculo con muchos intereses en juego, no sólo deportivos sino también económicos y políticos. Contemporáneamente a este proceso se han originado grupos organizados como los *Barrabravas*, organizaciones de fútbol, desarrollo del clientelismo político de clubes y situaciones de daños hacia los deportistas, como hacia las personas que concurren como espectadores a dichos eventos deportivos, que hallan su explicación quizás en la exacerbación de las pasiones y otros intereses como por ejemplo los económicos que en la mayoría de las veces se transforma en violencia desmedida.

La orfandad de una legislación conteniendo sanciones lo suficientemente eficaces ha atentado contra la erradicación definitiva de los violentos, es así que en 1985 se sanciona la ley 23.184, mal llamada *Ley de La Rúa* y su modificatoria la ley 24.182, posteriormente retocada por la ley 26.358 del año 2008.

Con miras de volcar todo lo aprendido y adaptar la legislación para permitir una adecuada sanción para aquellos individuos que atenten contra los espectáculos deportivos la ley 24.182 introduce la agravante genérica en su artículo segundo.

Artículo 42 bis (año 2000) y Artículo 41 quáter (año 2003)

Las primeras alusiones sobre la agravante del uso de arma de fuego del artículo 42 bis del código penal se remontan al Proyecto de Carlos Tejedor en 1886 y al proyecto Segovia de 1895, este último en su artículo 17 inc. 12 contempla explícitamente como agravante, la *“ejecución del hecho con auxilio de gente armada”*, bajo el fundamento de una mayor facilidad en la realización del delito.

En 1999, la Alianza presenta en la Cámara de Diputados un proyecto de ley, el cual pretendía la incorporación del siguiente texto legal: *“Cuando la violencia o*

intimidación contra las personas previstas en este código para el delito o su agravamiento, se produjeren mediante el empleo de armas de fuego, la escala penal se agravará en un tercio en su mínimo y en su máximo, sin que éste puede exceder el máximo legal de la especie de pena de que se trate”. La disidencia del diputado Quinzio agrega que “Esta agravante no será aplicable cuando la circunstancia mencionada en ella ya se encuentre contemplada como elemento constitutivo o agravado del delito de que se trate.”

Respecto del debate suscitado en la Cámara de Senadores, es dable destacar lo expresado por el senador Agúndez., la única voz que se explayó en los “beneficios” de la reforma. Finalmente, la sanción de la Ley 25.397 por la Cámara Alta, tuvo lugar el 9 de agosto de 2000, bajo el gobierno del doctor Fernando de la Rúa, siendo publicada en el Boletín Oficial el 22 de septiembre de 2000. Posteriormente comenzaría el debate sobre la introducción de otro agravante genérico en la parte general para los sujetos que delinquieren con la intervención de un menor, con proyectos como los presentados por los diputados nacionales Fayad y Carrió que pretendían a través de la incorporación del art. 10 bis al Código Penal el aumento de un tercio del mínimo y de la mitad del máximo del ilícito en cuestión. -

Finalmente, tres años después de la incorporación del artículo 41 bis, durante el mandato del doctor Néstor Kirchner, se incorpora a la legislación penal argentina por medio de la ley 25767 (B.O. 1/9/2003) el artículo 43 quáter, sobre la utilización de un menor de 18 años en el hecho, para escudar la responsabilidad penal del autor como circunstancia agravante del ilícito. Antes de la entrada en vigencia de la citada ley, esta circunstancia podía valorarse entre las distintas pautas previstas expresamente en el art. 41 del Código Penal para la determinación judicial de la pena por lo que la incorporación del artículo resultó francamente innecesaria, además de inconveniente. Al tratarse la presente reforma, en el Congreso de la Nación se dijo claramente que: *“este proyecto propicia un aumento de las penas para los adultos que utilizan menores en la comisión de delitos”* (diputado Eduardo O. Camaño) y que se

propone “*apoyar un incremento de la escala punitiva cuando los mayores delincan haciendo uso de menores para causarles a los menores la represión penal, evadiendo de esa forma la acción de la Justicia*” (senadora Conti).

Artículo 41 quinqués (2011)

Las exigencias del Grupo de Acción Financiera internacional (G.A.F.I) sobre la imposición de adopción de medidas antiterroristas para la consideración de argentina como un país seguro de inversiones compulso a nuestros gobernantes para que en octubre de 2011 el poder ejecutivo bajo la presidencia de la Doctora Fernández de Kirchner, envíe al Congreso Nacional el mensaje presidencial número 1.643, donde solicitó entre sus párrafos la promoción de reformas puntuales al Código Penal. En diciembre del mismo año se modifica artículo 41 quinqués, introducido por el artículo tercero de la ley 26.734 bajo el nombre de *Modificación al código penal sobre prevención, investigación y sanción de actividades delictivas con finalidad terrorista*, con la finalidad de reforzar la capacidad estatal en la represión de *actos de terrorismo o financiamiento* del mismo, dicha ley expandió aún más el catálogo de agravantes genéricas y además modifico el artículo 33 inciso e. del código procesal penal de la Nación, ampliando la competencia federal.

2.3. Importancia de las escalas penales en el código penal

Las escalas penales implican un *disvalor en abstracto* de la acción y constituyen el marco orientativo legal mediante el cual los magistrados individualizarán la pena, esto es valoraran el bien jurídico lesionado de acuerdo a las circunstancias objetivas y subjetivas de la conducta penal en análisis. Estas pueden versar sobre medidas de *tiempo o cantidades de dinero*, de este modo también se clasifican en *divisibles e indivisibles*, esta última de forma *relativa* ya que es posible obtener ceses, conmutaciones y beneficios. También existen ciertas ocasiones donde la escala puede estar configurada de forma

alternativa por especies diversas o en forma *conjunta*. En otro aspecto las escalas permiten ayudarnos a decodificar los *máximos y mínimos legales* de una especie, que tendrán especial relevancia con el concurso y el delito imposible. Las escalas penales se alterarán en ciertos supuestos, esto es, se *disminuyen* (tentativa, participación régimen penal de la infancia, régimen de arrepentido etc.), se *agravan* (agravantes genéricas y específicas) y se alteran (concurso de delitos).

Por su parte, influyen e interactúan sus mínimos y máximos con *otros institutos* del código como la reincidencia, tentativa, prescripción, concursos, condena condicional, suspensión del juicio a prueba etc.

2.3. a. Incidencia en la prescripción de la acción

Consideración previa: el instituto de la prescripción solo contiene normas acerca de la acción penal, pero nada dice respecto de los concursos o la eventual aplicación de una agravante por el simple hecho que estos últimos institutos no son delitos.

En otro sentido la discusión en torno a las teorías de la “*acumulación*” y el “*paralelismo*”, respecto del concurso de delitos ha quedado resuelta con la sanción de la ley 25.990 mediante la introducción del último párrafo del artículo 67 el cual despeja toda duda al respecto, al decir que; “*La prescripción corre, se suspende o se interrumpe separadamente para cada delito (...)*”, respecto del concurso material, mientras que para los casos de concurso ideal regirá el principio de unidad de hecho, por tratarse de un solo delito, incidirá sobre la prescripción la pena mayor.

Todo lo dicho hasta aquí, en la actualidad no es algo novedoso ni muy dificultoso, el problema verdadero se nos presenta en los casos de acumulación de agravantes genéricos, o doble ampliación agravada. ¿Cómo incide en estos casos el instituto de las agravantes genéricas sobre la prescripción? – con esta pregunta intentaré abordar los casos donde un delito es agravado, ya sea por una sola agravante genérica o varias.

Como he expresado más arriba la prescripción no prevé nada en casos de aplicación de agravantes genéricos de manera individual o conjunta, por dos sencillos motivos, en primer lugar, no son delitos y en segundo fueron agregadas relativamente de manera reciente al Código Penal. Por lo tanto, es preciso hacer una interpretación sistemática para abordar la problemática; en primer lugar, el artículo 62 del CP Inc.2 enuncia que la acción penal “prescribirá después de transcurrido el máximo de duración de la pena señalada para el delito (...)”. Luego de una lectura de este artículo el lector podría preguntarse: ¿El plazo de la prescripción opera sobre el resultante de la convergencia de la pena del delito y el agravante o solo sobre la pena del delito? ¿Qué se entiende por pena señalada para el delito en los casos donde contamos con un tipo base más un agravante genérico?

Aproximándonos a la solución de estas posibles interrogantes empezaremos diciendo que la solución del artículo 67 último párrafo, está pensada para la concurrencia de delitos, mas no, de agravantes genéricos, en este sentido si una conducta está prohibida por más de un tipo penal no genera nuevas conductas delictivas, en otras palabras solo hay una conducta, en consecuencia una imputación que resultara en solo una acción prescriptible, entonces la unidad de la acción penal no nos permitirá apartarnos de la escala que prevé el artículo 54 del CP, que por el principio de absorción deberá aplicársele a estos supuestos las reglas del concurso ideal. Entonces como solución el plazo que debe contarse para el cómputo de la prescripción es que fije la pena mayor (artículo 54) -en este caso la agravante-.

2.3. b. Incidencia en la condena de ejecución condicional- suspensión de la ejecución.

Las escalas penales impactan sobre los requisitos que condicionan la suspensión de la ejecución de la pena, el artículo 26 estipula que debe tratarse de delitos que no excedan en su máximo los tres años de prisión, descartando las escalas de reclusión, inhabilitación y multa.

En relación al plazo de cumplimiento de las reglas que prevé el artículo 27, el tribunal debe fijarlo dentro de una escala de dos a cuatro años teniendo en cuenta la gravedad del delito.

2.3 c. Incidencia en escalas penales atemperadas; tentativa.

El instituto de la tentativa por su parte se prevé para escalas temporales que prevén un máximo y un mínimo, donde si el agente hubiese consumado el delito se le disminuirá la pena de un tercio a la mitad ¿pero ¿cómo deben reducirse esos montos? Como respuesta a esta interrogante se han desarrollado diferentes interpretaciones, La CNCP, en pleno con intenciones de unificar la jurisprudencia en el caso Villarino recepto la postura de González Roura, según la cual partiendo del máximo se resta un tercio (resultando dos terceras partes del máximo) y el mínimo se reduce a la mitad.

En relación a la tentativa inidónea el código faculta al juez a disminuir la pena a la mitad, reducirla al mínimo legal o eximir de ella al delincuente. De forma análoga la ley 22.278 permite reducir la pena aplicable a menores de entre 16 y 18 años.

2.4. Importancia de las escalas penales en las teorías penales

Dentro de la coherencia de todo sistema penal el elemento de adaptación de la pena más inherente de los ordenamientos modernos es el sistema de márgenes o marco legal que ofrece la legislación al juez de manera discrecional, mediante una pena flexible, para determinar las consecuencias jurídicas de la acción típica. Dicha afirmación conforma una parte de las tres actividades que convergen con el nombre de actividad individualizadora.

Los factores que deberán ser valorados y considerados para situarse dentro de ese marco o escala devendrán de las teorías penales, sobre la concepción y fin de la pena, los cuales a su vez serán receptados por la legislación a través de agravantes, atenuantes, escalas atemperadas y pautas de orientación, aplicados e interpretados por la actividad jurisdiccional.

2.4.a. Criterios; Orientación retributiva, preventivo especial y preventivo general

El primer criterio de orientación dentro de la teoría de la actividad individualizadora es la Teoría retributiva, la cual decanta desde el punto absolutista de la pena.

Dentro de esta concepción la pena es la retribución que sigue al delito para el restablecimiento del imperio del derecho, donde la valoración del quantum de su aplicación depende de la gravedad del injusto. Un ejemplo desde este punto de vista es la agravante del artículo 41 bis, la cual contempla el empleo de violencia o intimidación mediante un arma de fuego para la consumación de un delito, el autor contempló la utilización del uso de un arma de fuego de forma intimidatoria o violenta, pudiendo optar por no usarla, generando un mayor peligro de muerte con los terceros como así también una mayor indefensión por parte de la víctima, todo ello supone un mayor disvalor del acto que incide en este caso para aumentar la pena del tipo base.

El segundo criterio de orientación es el de la prevención especial, esta teoría desarrollada por la Escuela Alemana en conjunto con la italiana, señala que el fin de la pena es evitar la reincidencia, importando la peligrosidad y pronóstico futuro del individuo, convirtiéndose en un modelo de derecho penal de autor, la escala penal que se aplicará se basará en las condiciones particulares del autor considerando los factores subjetivos y objetivos para la readaptación del sujeto. En parte esta teoría basada en la peligrosidad fue receptada por los artículos 40 y 41 del Código Penal, pero señalamos que es solo en parte ya que sería incorrecto afirmar que se trata de un sistema meramente subjetivista el seguido por la ley. Como señala Soler en su Tratado de Derecho Penal, la individualización de la pena se produce con un doble análisis, contenido dentro del artículo 41, primeramente, se analizarán las cuestiones objetivas del caso como el peligro causado, medios empleados, etc. Para luego indagar sobre las cuestiones subjetivas que enumera el artículo, por último, pondrá énfasis en los indicios sobre probabilidad de que el sujeto vuelva o no a delinquir.

El tercer y último criterio a tener en cuenta es el de la prevención general, el cual supone que la pena es un remedio de motivación para prevenir el delito, Furbach desarrolló el concepto de coacción psíquica, siendo este una amenaza de un mal mayor a los impulsos de la colectividad, resultando, así como objeto la prevención por medio de la intimidación. Los criterios para determinar la pena según este pensamiento son mediante la sentencia para reforzar la función coercitiva, mediante el comportamiento de terceros (tejido social), dejando como única alternativa lo que se conoce como mano dura, mediante una restricción desmesurada de los derechos del condenado pues si la pena aplicada fuese reducida no resultaría ejemplificadora. Quizá el mayor de los peligros que presenta la adhesión a esta teoría es que los jueces y el mismo legislador se dejen llevar por las campañas mediáticas de inseguridad o los reclamos de endurecimiento en la aplicación de las penas, es muy frecuente escuchar en los medios de comunicación fuertes críticas por parte de periodistas, políticos o audiencia en general sobre sentencias (muchas veces no se toman el trabajo de leerlas) y montos aplicados por los jueces, además que por otro lado, también las estadísticas jugarían un papel relevante en el marco de este pensamiento, pues si determinada modalidad delictiva es marcada como más frecuente se aplicará como criterio para imponer mayor severidad.

3. Análisis de las Agravantes según los niveles de racionalidad de Atienza. (diagnóstico)

3.1. Nivel de Racionalidad Lingüístico.3. 1.a. Textualidad / Paratextualidad

“La racionalidad lingüística implica que la legislación se ve como un proceso de comunicación y la ley como una serie de enunciados” (Atienza. 1993.p 201)

La comunicación humana está determinada por diferentes *factores*, esta debe contar con una intención o propósito, un sistema de signos común para compartir el mensaje que se transmitirá a través de un canal, el cual ulteriormente será interpretado y contextualizado social, temáticamente y situacionalmente.⁸ La legislación es un proceso de *comunicación*, el legislador, en este caso el emisor, debe ser capaz de comunicar su mensaje con fluidez a los receptores (tanto operadores jurídicos como los simples ciudadanos legos en la materia).

La finalidad del discurso en el proceso de producción de leyes, (persuadir, coaccionar, tutelares bienes. etc.) debe estar acompañada de un correcto *modelo comunicativo*, pues las esferas culturales en las cuales se encuentren inmersos los ciudadanos, el desarrollo cognoscitivo y hasta del código lingüístico de los hablantes dependen de una coyuntura histórica.

Dentro de los aspectos más destacados para la *eficacia* de un discurso subyacen las nociones de “textualidad y discursividad”. La primera se refiere al aspecto sintáctico y las reglas formales de cohesión para relacionar la información; mientras que la segunda, la discursividad, tiene que ver con la dimensión pragmática y, por ende, con la coherencia del discurso.

El contenido del discurso debe ser claro, en lo posible preciso, indudable y evidente para los receptores (individuos en general y órganos a quienes se dirige el mensaje), para ello es imprescindible e indefectible un correcto uso y provecho de reglas; sintácticas, gramaticales y de cohesión. Todo ello con el fin de procurar claridad, precisión, sistematicidad, coherencia, cumplimiento del derecho, libertad, igualdad (Atienza; 1993) y un mejor acceso a la justicia lo cual se materializará en una mejor eficacia, seguridad y previsibilidad de la norma.

⁸ Al analizar el contexto situacional, se debe tener en cuenta el entorno que la rodea, pues cada concepto tendrá diferente significado dependiendo de la circunstancia de modo, tiempo y lugar.-.

La cohesión gramatical, como la sencillez en la escritura, es un punto medular para evitar *ambigüedades y vaguedades*. Podría entenderse que en estos dos últimos conceptos subyace un uso impreciso del lenguaje, sin embargo, la ambigüedad se predica en conceptos designados por palabras, mientras que por su parte la vaguedad pertenece a la heterogeneidad de las palabras.⁹

Las agravantes genéricas por su parte contienen una pobre técnica legislativa y gramatical, muchos términos parecen *imprecisos, ambiguos, vagos* y su redacción, en algunos casos, es exageradamente amplia y confusa. Como, por ejemplo;

- a) la expresión “mayores” empleada por el artículo 41 quater ¿se refiere a mayores o mayores de edad?
- b) La falta de conceptualización del verbo “aterrorizar” utilizado por el artículo 41 quinqués.
- c) El alcance de la expresión “otro delito” contemplada por el Artículo 13 de Ley de Estupefacientes N.º 23.737 y las expresiones de la ley N.º 24.192, ‘ en las inmediaciones’’ del lugar en donde transcurre el espectáculo deportivo, ‘la producción de las conductas típicas antes, durante y después” al espectáculo deportivo.
- d) Podemos mencionar la notoria ambigüedad del artículo 227 ter, donde no puedo ver cómo es posible que una conducta ponga en peligro la vigencia de la Constitución Nacional.

Por otro lado, uno de los recursos que puede explotar y valerse el legislador son los paratextuales, dichos recursos ayudasen al intérprete o mero lector a hacer más accesible el contenido de la ley, además de captar la atención. El paratexto es todo conjunto *visual* que rodea al texto, los cuerpos legales en

⁹ Según la Asociación de Academias de la Lengua Española, ambiguo es un adjetivo que se refiere a dichos del lenguaje; que puede entenderse de varios modos o admitir distintas interpretaciones y dar, por consiguiente, motivos a dudas, incertidumbre o confusión. Por su parte “vago” denota el adjetivo de impreciso e indeterminado en el uso de las palabras.

general utilizan dicho recurso, pensemos en la estructura de la ley, inmediatamente nos percataremos que el texto no se encuentra aislado, sino que el mismo está escoltado de títulos, subtítulos, libros, secciones, capítulos, artículos, notas, variaciones tipográficas, distribución de textos (agrupamientos temáticos y sistemáticos), numeraciones, anexos, índices, epígrafes etc.¹⁰

En lo que respecta al análisis del CP argentino, dependiendo la editorial que se tome y la edición; engloba un índice temático, a su vez cuenta con tres niveles de división formal, conformado por dos libros (primero y segundo), títulos y capítulos, ordenados temáticamente y sistemáticamente, esto es de lo general a lo particular. Esta organicidad, se vería afectada por un proceso de *hiperactividad legislativa*, pues en las últimas décadas ha sido tentador para nuestros legisladores recurrir a la legislación como solución rápida de un determinado conflicto social¹¹, acompañado con una pésima técnica legislativa. En lo que respecta a los agravantes, estos no han sido enfocados y articulados globalmente, sino que se encasillan en respuestas apresuradas a emergencias sociales, produciendo una banalización de la norma. A modo de ejemplo podemos mencionar y analizar el artículo 41, el cual posee cinco *adverbios latinos de numeración*, producto del desgano de generar o modificar títulos específicos. También las agravantes se encuentran dispersas de manera absurda alrededor de todo el código, como es el caso del artículo 227 ter y en otros casos llegando incluso a estar anexadas por leyes complementarias. Todo lo dicho genera confusión, desorientación, pérdida de seguridad y eficacia en el campo del derecho penal.

¹⁰ Sobre este punto al respecto la norma **IRAM 30701**, versa sobre reglas de técnica legislativa, exponiendo requisitos mínimos de estructura, redacción y dinámica, sobre el texto de la ley. IRAM es el Instituto Argentino de Normalización y Certificación, cuya misión es desarrollar, estudiar y publicar normas argentinas en todos los campos de actividad

¹¹ A modo de ejemplo de esta afirmación podemos citar los agravantes 41 bis y 41 quater; los cuales surgen como resultados de protestas sociales y noticias periodísticas.

En este sentido es significativo mencionar que nuestro Código Penal no posee una titulación previa a cada artículo, la utilización de dicho recurso paratextual sería conveniente a fin de facilitar la tarea de acceso, comprensión e interpretación. De acuerdo con esto, el nuevo C.C.C, siguiendo una técnica más moderna posee subtítulos, pero sin ir más lejos los antiguos Código Penal de Carlos Tejedor y Civil redactado por Vélez, contenían un recurso aún más interesante, estos ordenamientos incluían notas aclaratorias al pie de página, las cuales servían al intérprete para indagar sobre las fuentes de la norma sin tener que recurrir a lecturas complementarias, como diarios parlamentarios o artículos de doctrina. Es de importancia recordar las notas con referencias al Código de Freitas, Bello, Abry y Raú.

3.2. Nivel de Racionalidad Jurídico-formal. 3.2. a. inconsistencia entre la escala penal y jerarquización de bienes jurídicos. 3.2. b. Problemas de significación. 3.2. c. Problemas lógicos

“Legislar racionalmente significa hacerlo respetando los criterios de forma y contenido establecidos por el ordenamiento jurídico”. (Atienza; 1993. p 209)

La legislación encierra complejos y extensos avatares, la norma como confección humana debe atender a *principios lógicos – racionales*. Desde esta óptica el ordenamiento jurídico es parte de un sistema, pues las normas no se hallan aisladas, en este sentido son unidades, funcionales a un todo formal, donde dichas normas proceden de normas precedentes que a su vez interactúan con otras adyacentes¹². Con el avance del derecho positivo y la codificación se empezó a emplear agrupamientos técnico-sistemáticos, en forma análoga en la música se emplea la sistematicidad, la armonía moderna

¹² La analogía fue tomada de forma abstracta de *la Teoría Celular* desarrollada por Schleiden y Schawann.

Si se piensa a la norma como un peldaño que está a su vez sustentada por otra superior considerando a la misma, no de manera aislada, sino de forma unitaria y en conjunto con las demás efectuando así, una estructuración jerárquica – sistemática no sólo de orden interno, sino también externo, esto es con el resto de las reglas y principios del ordenamiento jurídico, en especial con aquellos cuya jerarquía derive de la Carta Magna

occidental, por ejemplo, está compuesta por notas, las cuales se clasifican en grados que contienen las siete notas de una escala, si los grados resolutorios empleados no acompañan las reglas lógicas de la teoría, la pieza nos sonará evidentemente extraña.

La racionalidad jurídico-formal es entonces el uso de un orden sistematizado y armonizado de las leyes dentro del ordenamiento jurídico, tanto desde un punto de vista *interno*, esto es dentro del terreno en concreto que regula, como *externo* esto es compatibilizando con el resto del ordenamiento, en forma general, además con el fin de evitar lagunas, redundancias y problemas lógicos pues el objeto que se persigue es la seguridad jurídica

Cuando esta sistematicidad es obviada se manifiestan ensalzamientos entre las mismas normas dentro del ordenamiento. Por lo general, debido a su pobre técnica legislativa, todos los agravantes presentan problemas de esta índole. Tomemos como ejemplo el caso del artículo 227 ter; con arreglo a esta norma el máximo de la pena se aumentará en un medio, si tomamos como base el homicidio simple, la pena aumentará hasta los treinta y siete años y seis meses, (Bompadre) poniendo en riesgo el *principio de proporcionalidad* de las penas. En este sentido en forma análoga encontramos los casos de las agravantes del artículo 41bis, quater y quinqués, los cuales comienzan diciendo; “*cuando alguno de los delitos de este código*” sin especificar a qué conducta típica está dirigido, ello implicaría una violación manifiesta al *principio de legalidad y lex certa*.

En cuanto a la *jerarquía* de los bienes jurídicos en relación a la escala penal, se puede valorar una inconsistencia alarmante, pues al parecer el bien jurídico vida dejó de ser un bien jurídico superior, en cuanto que en el estado actual del Código Penal delitos perpetrados contra la propiedad tienen penas más severas. A modo de ejemplo podemos citar el caso del robo calificado por el

uso de arma de fuego y la intervención de un menor de edad cuyas penas tienen un máximo de 26 años en la escala.¹³

En relación a los institutos, la agravante del inciso tercero del artículo 20 bis regula a la inhabilitación especial como agravante genérica, y por su parte la procedencia de la suspensión del juicio a prueba, excluye ciertos delitos, entre ellos (párrafo ocho), los delitos reprimidos con pena de inhabilitación. Respecto de esta cuestión se presenta el problema *interpretativo* de si esta exclusión contemplada por la ley 24.050 abarca los casos de pena de inhabilitación alternativos y facultativos. Desarrollándose así dos tesis; a. La restrictiva, expuesta en el plenario *Kosuta, Teresa K.* donde la Cámara de Casación Penal sostuvo que toda forma de inhabilitación impide la concesión del beneficio de la “Probation”. b- La tesis amplia sustentada por la Corte de Suprema de Justicia de la Nación in re “*Acosta*” del 23/4/08, faculta el otorgamiento de la suspensión del juicio a prueba respecto de delitos reprimidos con pena de inhabilitación ya sea de manera alternativa o facultativa poniendo a todos los ciudadanos en un pie de igualdad. La misma problemática surge en cuanto a la *condena de ejecución condicional* si entendemos a la inhabilitación como una pena accesoria a la prisión, *¿no seguiría esta la suerte de la principal y se la podría dejar en suspenso?*

Respecto de esta agravante también surge el problema de *conurrencia*;

- 1- Sobre el mismo orden de facultades de inhabilitación especial (artículo 20 bis) e inhabilitación absoluta (artículo 298).
- 2- Disposiciones de la Parte Especial que prevén inhabilitación especial en concurrencia con el artículo 20 bis.

¹³ Recordemos que el homicidio doloso tiene un mínimo de 8 años y un máximo de 25. El caso planteado contiene un mínimo de 8 años y 6 meses junto con un máximo de 26 años.

Para el primero de estos supuestos la inhabilitación absoluta prevalecerá por la sobre la especial mientras que para el segundo supuesto por interpretación sistemática de la regla contemplada en el artículo 41 bis se atenderá a lo dispuesto por la parte especial.

La introducción de nuevos agravantes como solución a cuestiones de política criminal, acarreo nuevas inconsistencias dentro de la sistematicidad de la *proporcionalidad* de las penas dentro del CP. Como resultado de ello *delitos que simplemente ponen el bien jurídicamente tutelado* son más severamente castigados que tipos penales de *lesión* en concreto.

En relación a las *penas*, se presentan problemas lógicos como que pasa cuando la pena es *indivisible*, o en las multas cuando el monto no está previsto.

Entre otras de las inconsistencias lógicas que se pueden observar, podemos mencionar el vacío legal en los casos de *concurros*, aquí el problema planteado radica en cuanto a la aplicabilidad de concurso entre escalas penales: A modo de ejemplo podemos mencionar el artículo 2 ley de Espectáculos deportivos en concurso con cualquier otra agravante sin tope del agravamiento en la escala penal. *¿Qué ocurre si concurre un agravante, donde el máximo no será mayor al máximo previsto en el Código Penal para la especie de pena de que se trate con otra agravante sin tope máximo?* (41 quater, 41 quinquies, 227 ter) . Dicha situación no fue prevista por el legislador, sin lugar a dudas nos encontramos frente a un vacío legal, falta de reglas y a una incorrecta regulación de las escalas, ya que muchas de ellas no poseen topes máximos mientras que otras poseen limitaciones.

3.4. Nivel de Racionalidad Pragmático. Eficacia y desuetudos

De lo que aquí se trata es que la conducta de los destinatarios- autoridades y particulares – se adecue a lo prescripto en las leyes. (Atienza; 1993.p 218)

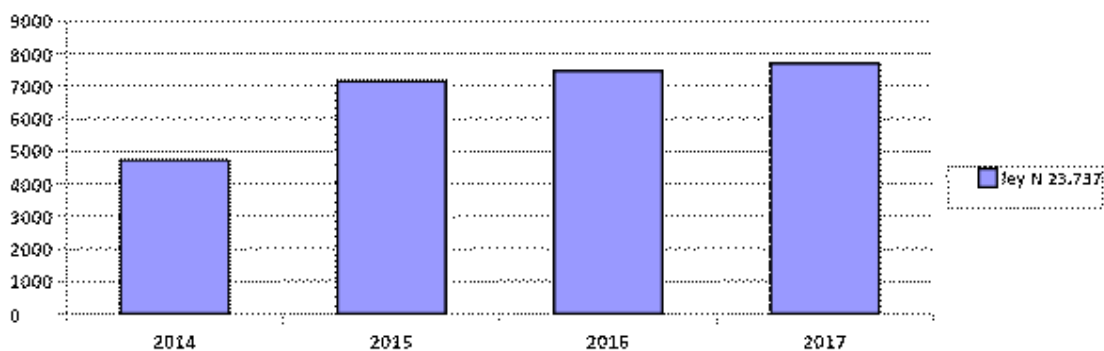
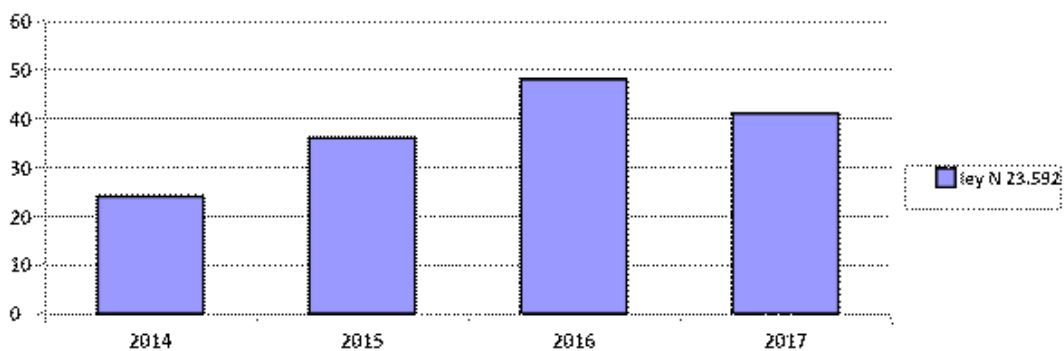
Desde la perspectiva de este nivel, el ordenamiento normativo es un orden *dinámico*, donde lo que se busca es la *eficiencia* de la norma, para que se plasme en un grupo de comportamientos o actos. A través de la conducta se manifiesta el ordenamiento jurídico, la norma motivará o repudiará conductas que tendrán una significación valorativa y axiológica llegando a ser eficaz cuando los sujetos influenciados por ella realizan el contenido dispuesto por la norma penal.

Una ley puede perder eficacia por cuestiones subjetivas; dentro de este grupo encontramos las desuetudos, en sentido amplio según Alf Ros estaríamos hablando del desuso de dicha norma por *falta de motivación y aplicación*, entiendo que la vigencia del derecho se constata al ser aplicado por los jueces. Algunas agravantes como el artículo 227 ter no han sido aplicados nunca, esto supondría que dicha norma perdió toda condición de eficacia y validez convirtiéndose así, en una “ley de doctrina”. Por otra parte, la eficiencia puede resultar por factores meramente objetivos; esto es por factores financieros, administrativos, etc.

Por otra parte, otro concepto relativo es el de la eficiencia, la norma debe estar integrada dentro de la vida social, perdurable en el tiempo y asentada en el espacio, dicho carácter es sinónimo de una mayor motivación para cumplir la ley. La codificación penal en Argentina en las últimas décadas se caracteriza por encontrarse dentro de un círculo vicioso; ante problemáticas sociales, (como en la ley de PSVEP) se recurre a la solución a través de una ley, al no aparecer la solución (por que el problema de fondo nunca se solventó) se vuelve a legislar, repitiéndose indefinidamente este proceso, y lo más alarmante es que el legislador al introducir la reforma nunca lo hace con un enfoque global. Muchas de nuestras agravantes genéricas han sido resultado de este fenómeno, ante la velocidad de este proceso es imposible para los ciudadanos motivarse por la norma, conocerla e integrarla a su comportamiento.

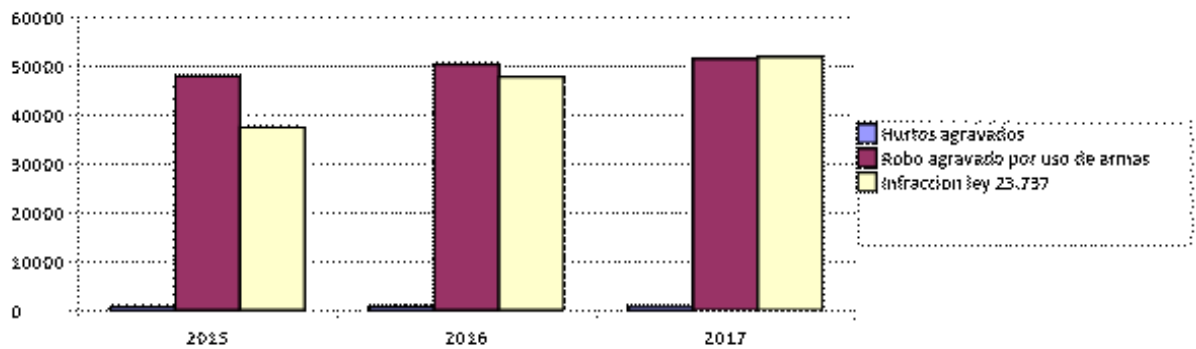
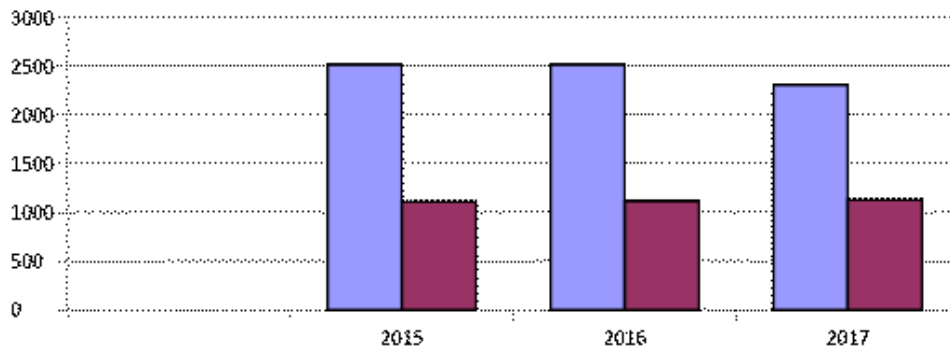
Si tomamos la irracionalidad de este nivel como toda ley que no cumple con sus objetivos, las agravantes genéricas, en general fracasan, pero esta afirmación es en parte subjetiva, ya que nuestro país apenas desde el año 2008 posee estadísticas muy precarias sobre cuestiones de criminalidad y no se tiene conocimiento de la “cifra negra” de algunos delitos, sin embargo, podemos tomar los siguientes datos:

Delitos ingresados al MPF de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.



Fuente: Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires. Consejo de la Magistratura y Oficina de información judicial y Ministerio de Seguridad de la Nación.

MPF - IPPS iniciadas en el Fuero Penal MPF- IPPS Iniciadas en la Provincia de Bs As. Juvenil por partido. Fuero Criminal y Correccional



Fuente; Procuración de la Provincia de Buenos Aires. (SIMP) – Las estadísticas de los hurtos agravados no se aprecian por la disparidad con los otros delitos, pero son; 775 – 800 – 818. Si bien los hurtos y robos agravados no significan la aplicación del artículo 41 bis, se los podría relacionar con el uso de arma de fuego.

3.3. Nivel de Racionalidad Teleológico

Las leyes no son otra cosa que instrumentos para alcanzar determinados fines sociales [...] pero no siempre es fácil saber que contenidos normativos son más idóneos para alcanzar esos fines o incluso si esos fines son los más idóneos. (Atienza; 1993.p 223)

El ordenamiento jurídico a través del legislador busca alcanzar y realzar determinados *fines u objetivos sociales*, pero es posible que pese a que los destinatarios cumplan con lo ordenado, no se alcance con el fin social previsto,

o el mismo se presente de forma poco clara. El objeto y los medios que se pretenden utilizar pueden presentarse de manera difusa por eso es de vital importancia valorar los alcances de la ley por su *eficiencia*; esto significa aumentar los efectos deseados y disminuir los no deseados.

Las últimas reformas a las escalas penales agravadas pertenecen en gran medida a reclamos sociales motivados en razones de *inseguridad*, que se dirigen al legislador, el cual mediante discursos dentro de un ámbito democrático y a través de arduos debates parlamentarios ha manifestado motivos de seguridad e innovación, pero descuidó la racionalidad en la creación, redacción e inserción de muchas normas, perdiendo eficacia y eficiencia, sin oír cuestiones ético-políticas criminales, al punto de lograr una contaminación legislativa desarticulando parte de la sistematicidad del código.

Otro tipo de problema, son las funciones u objetivos *latentes o no manifiestos* encubiertos dentro de los fines. Dentro de las cuestiones de política criminal actuales, frente a un poder legislativo degradado y falta de institucionalidad, en donde el mal llamado cuarto poder (los medios masivos de comunicación), el debate mediático, el lobby de los distintos intereses políticos influyen de manera notoria sobre los propósitos u objetivos que el legislador ha tenido en mira, introduciendo reformas en puntos neurálgicos o cambiando el rumbo del debate, ante emergencias de seguridad, tragedias o influencia de potencias extranjeras el gobierno de turno en reiteradas oportunidades como solución a sus breches recurre a proyectos de leyes que muchas veces son aprobados de manera expés brindando así la sensación adormecedora de un gobernante atento y preocupado cuando en realidad dichas reformas se deben a pactos políticos o imagen de campaña. Un claro ejemplo es la ley 26.734, la cual amparada en un discurso de protección a potenciales ataques terrorista, que a su vez (mediante imprecisiones dentro de su texto) constituye una especie de recurso legal para destinar fondos a organismos abocados a vigilar y controlar actos determinados de la sociedad civil como también para criminalizar protestas sociales, políticas, civiles etc.

3.5. Nivel de Racionalidad Ético

El último de los niveles de racionalidad es el que proporciona la ética. Aquí se tratará de ver si los contenidos normativos y los fines de las leyes pueden o no justificarse éticamente.

Atienza nos explica que la cuestión moral se juzga desde un sistema de *doble perspectiva* y que la concepción moral del individuo puede coincidir o no con la concepción captada por el sistema normativo, el cual representa la moral socialmente vigente, en cuanto a la aplicación y producción de la ley el orden individual sería el argumento decisivo.

Podemos afirmar que en buena parte las últimas agravantes genéricas introducidas al CP están inspiradas en mayor seguridad. Entendiendo a esta última como el sentimiento de protección frente a peligros externos, constituye así un valor individual, el cual se plasma en nuestro comportamiento a diario, coincidiendo con lo moral socialmente aceptado y receptado por nuestra constitución. (Preámbulo y artículos 33, 18, 75 inc 2.)

Reiteradas veces presenciamos leyes y decretos bajo el discurso de inseguridad criminal, la irracionalidad ética se presenta en el marco del discurso de endurecimiento de las penas, muchas de las agravantes genéricas no prevén topes ni restricciones en cuanto a su aplicación, dentro del derecho penal nos vemos con un principio ético incuestionable que es la abolición de la pena de muerte, consagrado en nuestra carta magna (artículo 18) como así también en los tratados internacionales a los cuales adhiere nuestro país (75 inc. 22), las agravantes en conjunto con la restricción de ciertos institutos (aplicabilidad para libertad condicional luego de treinta y cinco años, en caso de pena perpetua) y la aplicación de otros (concursos, artículo cincuenta y cinco) , institucionalizan la pena de muerte en prisión.

4. Estrategias de resolución de problemas (posibles soluciones)

4.1. Soluciones Generales

En cuanto a los problemas de alcance lingüístico, es cierto que la ley se expresa por palabras y siempre habrá cuestiones interpretativas y semánticas por resolver, pero es menester de los legisladores esforzarse por una redacción clara y lo más precisa posible, por su parte es obligación de los jueces exigir esto, para así hacer valer el principio de máxima taxatividad legal. En caso de omisión el juez cuenta de dos opciones para resolver estos problemas, o declara inconstitucional la ley o la aplica de forma restringida. (Zaffaroni pág. 106).

En cuanto a la paratextualidad de la ley, sugiero que el legislador aplique y tome conocimiento de normas como la IRAM 30701 de 2010, en referencia a los requisitos de estructura legal mínimos.

Para concluir sobre este punto mencionaré el método de las *checklist*, el cual se presenta como una técnica contra la contaminación e inflación legislativa a través de un cuestionario que se entregará a los encargados de la redacción de una ley, el cual se responderá por sí o por no dentro de la etapa previa a la presentación de un proyecto o la votación del mismo. Pudiendo agregarse preguntas sencillas como; a) ¿El lenguaje utilizado es claro, preciso y concreto? b) ¿Se expresan con claridad las reglas y excepciones? c) ¿Se utilizan expresiones vagas o ambiguas? d) ¿La nueva ley resguarda la sistematicidad del ordenamiento interno y externo? Dicho sistema no solo se limitaría a preguntar sobre el nivel de racionalidad lingüística, sino que puede ser ampliado a los demás.

Sobre el problema de la dispersión de dentro del código, de que el legislador siga optando por un sistema de circunstancias de agravantes y atenuantes genéricas propongo para ello la creación de un título específico dentro de la parte general del código, el cual podría ubicarse previo al VIII. En este sentido también es recomendable la introducción de todas o parte de la normativa complementaria al texto del código.

En lo que respecta a los problemas de orden jurídico-formal, la situación actual del CP en orden a pérdida de coherencia y sistematicidad de su redacción

original, sólo podrá ser solventado mediante una reforma integral del código, así se podrán soslayar inconsistencias jerárquicas, valorativas, vacíos legales, lagunas y demás problemáticas suscitadas entre los mismos institutos legales. Otra de las alternativas que se presentan es la implementación de manera provisoria de; A- reglas de hermenéutica B- análisis exegético integral conciliador de las normas armonizando sus preceptos C) aplicación de principios legales. D) exégesis restrictiva dentro del límite semántico del texto legal, etc. Esta solución provisional es la desarrollada actualmente por nuestros tribunales.

Por último, entiendo que una posible solución más sencilla sería la derogación de todas las agravantes genéricas, que tantos problemas suscitan, para seguir un sistema de libre arbitrio judicial regulado solamente por los artículos 40 y 41.

Agravante en particular: art.2, Ley de Prevención y Sanción de la Violencia en Espectáculos Deportivos

Creación de la agravante genérica – Breve Introducción al tema

En nuestro país, la prevención contra la violencia dentro del ámbito deportivo ha transitado diversos caminos, Deporte y seguridad son dos conceptos que están estrechamente relacionados, cuya problemática asedia a la argentina desde hace casi media década. Como parte de un carnaval violento, es común en nuestro país que los cánticos, festejos y celebraciones lleven como contrapartidas pedradas, botellazos, riñas e incidentes. Dentro de esta última contracara existen dos clases de violencias; Por un lado, lo que denominare como “visible” la cual es la que distribuyen los medios de comunicación, conocidas por todos, pero en sentido opuesto subyace otro tipo de violencia, la cual no es tratada en el ámbito mediático y resulta “invisible” a su relato, me refiero con ello a los delitos de tráfico de influencia, lavado de dinero, sobornos etc. A esta clase de violencia la denominaré violencia invisibilizada.

Luego del retorno a la democracia, nuestro país comienza a tomar la violencia dentro del marco del espectáculo deportivo como un problema público. En 1985 se define por primera vez en materia de seguridad una ley Federal para la Regulación de violencia en los espectáculos deportivos (ley 23.184) a partir de la muerte de Adrian Scasserra en el estadio de Independiente de Avellaneda. Más adelante en 1991 se crea dentro de la órbita de la Secretaría de Deportes, el Comité Ejecutivo de Seguridad Deportiva, donde teniendo como guía modelos europeos se comenzó a estudiar la problemática. Fue así como posteriormente en 1992, adecuando la ley española 10/1990, a la realidad de nuestro país, se conformó una comisión precedida por el presidente de la Corte Suprema de la Nación, Ricardo Levene (h), se incorpora a la ley 23.184 un capítulo contravencional, que entre otras cosas, contenía una agravante genérica.

Niveles de Racionalidad. Problemas y soluciones

Racionalidad Lingüística

“Cuando con motivo u ocasión de un espectáculo deportivo, sea en el ámbito de concurrencia pública en que se realizare o en sus inmediaciones, antes durante o después de él; se cometiere alguno de los delitos enumerados siempre que no resultaren delitos más severamente penados”

Desde este nivel la norma adolece de definiciones, al usar dos términos tan abstractos y amplios como “espectáculo deportivo”, “motivo u ocasión” e “inmediaciones” sin pautas de interpretación y precisiones en los conceptos surgen los siguientes interrogantes:

a) Respecto del término espectáculo deportivo: 1) ¿Se trata de deportes profesionales? 2) ¿El deporte debe encontrarse reglamentado? 3) ¿importa si el evento deportivo es oneroso o gratuito para que se considere espectáculo deportivo en los términos de la ley? 4) Teniendo en cuenta que dicha ley y posteriores modificaciones surgen como respuesta a la violencia generada en el fútbol ¿es aplicable a otros deportes?

En primer lugar podemos afirmar que estamos hablando de una norma que abarca integralmente diferentes disciplinas deportivas y que no importa si el evento es de carácter oneroso o gratuito pues la ley no diferencia, por su parte la jurisprudencia respecto de este punto en el año 2004 el TOC número trece en el caso Pérez Adrián C. en donde la cuestión giraba sobre dos equipos de hockey sobre césped pertenecientes a el club Regatas de Avellaneda y al Banco de la Ciudad de Buenos Aires, los magistrados tuvieron oportunidad de resaltar entre otros aspectos que no puede negarse la calidad de espectáculo deportivo a un evento montado para una cantidad indeterminada de público, en el marco de una organización determinada dentro campeonato oficial, señalando además que la ley no hace diferencia entre la onerosidad o la gratuidad de la entrada.

En dicho sentido el debate parlamentario sostiene esta postura¹⁴. Para dar más precisión a la delimitación de la expresión usa por el legislador podemos tomar en consideración la ley en su conjunto, el artículo cuarto expresa: [...] *“los dirigentes, miembros de comisiones directivas o subcomisiones, los empleados o demás dependientes de las entidades deportivas o contratados por cualquier título por estas últimas, los concesionarios y sus dependientes”* [...]. De aquí se desprende que un espectáculo deportivo necesita cierta dimensión, en este sentido una estructura donde participen personas jurídicas, clubes o entidades organizadas, con órganos de gobierno, administración, comisiones directivas, empleados, dependientes, concesionarios etc.

b) En cuanto a la frase motivo u ocasión: ¿es requisito una relación de causalidad entre el hecho y el espectáculo deportivo? ¿Debe mediar una relación objetiva?

¹⁴ El Senador Jiménez Montilla, en el debate parlamentario llevado a cabo el mes de junio de 1992 expresa que quedan comprendidas, dentro del artículo analizado en cuestión, diferentes actividades deportivas.

La jurisprudencia como la doctrina ha interpretado esta interrogante resolviendo que debe existir una relación directa e inmediata entre el hecho y el evento deportivo.¹⁵

c) Quizá la duda interpretativa más notoria se de en la utilización de la palabra inmediaciones que presenta como problema el interrogante de cómo delimitar la distancia entre el evento deportivo y el hecho ilícito.

La primera duda que debemos analizar es si es posible delimitar de forma objetiva las inmediaciones de un evento deportivo, en este sentido entendemos que las inmediaciones es el ámbito que circunscribe al evento, por ejemplo, linderos próximos, entradas y salidas, estacionamientos, etc. En cuestión todo lugar de concurrencia pública vinculado al espectáculo, este fue el criterio adoptado por la Sala III de la Cámara de Apelaciones de Santa Fe.

Similares son los problemas de delimitación que plantea la expresión en los momentos “anteriores y posteriores”,

Pero sigue aún sin resolver la cuestión de hallar un criterio objetivo uniforme, creemos más conveniente y esclarecedor, delimitar la aplicación a razón de distancia o manzanas sustentando esta tesis en una interpretación en conjunto con el artículo 45 bis de la ley el cual establece la medida cautelar abstención de concurrencia por un radio de 500 metros a la redonda del predio.

Racionalidad Jurídica Formal

Concurso de agravantes:

El problema radica en soslayar la interrogante que se plantea sobre la posibilidad de acumulación de los agravantes. Imagínese el supuesto de una doble ampliación típica del tipo base, como resultado de la concurrencia del

¹⁵ TOC número uno de Mar Del Plata, “Martinov Fernando Gustavo y otro”.

artículo 41 quater y el artículo segundo de la LPSVED, a simple vista no encontrará ningún inconveniente en la medida que dicha operación lógica se realice sobre un tipo base, pero ¿es posible, fue previsto o contemplado la posibilidad de acumular dichos agravantes?

Como he dicho a lo largo de este trabajo, las agravantes fueron introducidas al CP de manera paulatina, poco integral y de manera discontinuada con el paso de las décadas, el legislador no previó esta situación y no reglamentó ninguna regla para estos casos, por ello las agravantes adolecen de un defecto lógico formal técnico poniendo en juego, una vez más, el principio de legalidad en cuanto a la determinación del monto de la pena.

A todo lo dicho, el caso tratado en cuestión posee una dificultad extra, el artículo 2 de la LPSVED estipula que el agravamiento en la escala penal no puede exceder del máximo legal de la especie de pena de que se trate, mientras que por su parte el artículo 41 quater no contiene un tope máximo.

Como posible solución a los problemas e interrogantes planteados podría proponerse un análisis sistemático del código, el último párrafo del artículo 277 dispone que; *“La agravación de la escala penal, prevista en este inciso sólo operará una vez, aun cuando concurrieren más de una de sus circunstancias calificantes. En este caso, el tribunal podrá tomar en cuenta la pluralidad de causales al individualizar la pena.”* –. Habilitándose el aumento de la escala solo en un tercio, pudiéndose tomar la cuestión de la concurrencia sobre la valoración correspondiente a la hora de efectuar la individualización de los artículos 40 y 41.

Particular damnificado, legitimación y acción penal; ¿Ámbito de ocurrencia o ampliación de bienes jurídicos protegidos?

Corresponde aquí analizar la posibilidad de si corresponde o no la participación como particular damnificado por parte de apoderados u otros representantes de un club deportivo, entendiendo que estos últimos representan a sus socios y que el instituto en cuestión no se limita a aquellas personas que sufren las

lesiones, sino que se amplía a terceros que resulten ofendidos. En este sentido primero debe preguntarse si en determinadas situaciones la agravante contenida en la LPSVED amplía el bien jurídico protegido, para ello piénsese en un delito contra la vida, ¿la agravante de la ley 24.192 ampliaría el bien protegido “vida”, en este caso, adicionando otros bienes como seguridad de los afiliados a una institución deportiva o sigue protegiendo solo el bien contemplado por el tipo base? en otras palabras ¿la agravante adiciona un especial ámbito de ocurrencia o protege otro bien?

La cuestión fue aclarada en 2018 por la Cámara de Acusación de Córdoba en los autos caratulados “Acevedo, Hugo Orlando y otros p. ss. aa. Homicidio agravado – Recurso de queja”, Auto n.º 134. Donde el tribunal analizó la cuestión planteada por el apoderado del Club Atlético Belgrano, el cual argumentó que la agravante contenida en la LPSVED contiene bienes jurídicos ampliados planteando que en los delitos cometidos con motivo u ocasión de la celebración de espectáculos deportivos se amplían el riesgo de afectación del bien jurídico. Sobre esto el tribunal desestimó el recurso planteado por interpretar, entre otros, que la agravante sólo adiciona un especial ámbito de ocurrencia.

Racionalidad Pragmática

Las últimas reformas que ha receptado el Código Penal, como también sus leyes complementarias, (recordar que en la actualidad existen un cúmulo de ochocientas leyes complementarias dispersas por el ordenamiento jurídico interno) que han encontrado fundamento en cuestiones de seguridad ciudadana. Dichos cambios se han efectuado con una velocidad legislativa superlativa, poniendo el legislador foco en la creación y modificación de normas, pero no en la solución de los problemas de fondo. La ley 24.192 no escapa de esta realidad legislativa de urgencia, quizá por versar sobre una temática muy politizada y discutida mediáticamente, lo cierto es que todos los

años la clase política actual utiliza el eslogan, de “lucha, persecución, sanción, contra la violencia referida a espectáculos deportivos”, en especial el fútbol, en conjunto con toda la maquinaria mediática. Como resultado de ello, se ha banalizado la ley, con la llegada de los sucesivos gobierno al poder y de la oposición de turno se ha buscado una solución a esta problemática mediante la norma penal, *perdiendo toda nota de eficacia y dificultando a los destinatarios finales de estas conductas ilícitas motivarse por la misma*, siendo esto un sinónimo de fracaso por parte de todas las ideologías políticas pues en lo referido al ámbito del fútbol la violencia se fue incrementando.

La violencia en el marco del futbol obedece a cuestiones sociológicas, históricas y políticas entre ellas podemos mencionar; La criminalización mecanizada y simplificada entre barras bravas y violencia (cuando en realidad esto es solo una parte del espectro), la represión policial estigmatizante, una vinculación “folclórica” de pasiones con lo irracional esgrimidas como forma de justificación, incidentes entre aficionados y entre profesionales dentro del campo de juego, negocios ilegales por parte de políticos y clubes, vericuetos de los procesos judiciales, el rol de las instituciones de seguridad. Surgiendo así las interrogantes ¿Es posible solucionar esta clase de problemas interdisciplinarios, entramados y complejos mediante la sanción de una ley? ¿Es la ley penal el medio más idóneo? ¿Qué dicen las estadísticas?

Las cifras muestran lo siguiente.

Gráfico 1) Número de hechos de violencia en el fútbol; Fuente: Instituto de CS. Sociales. Universidad Nacional de San Martín- Conicet Argentina

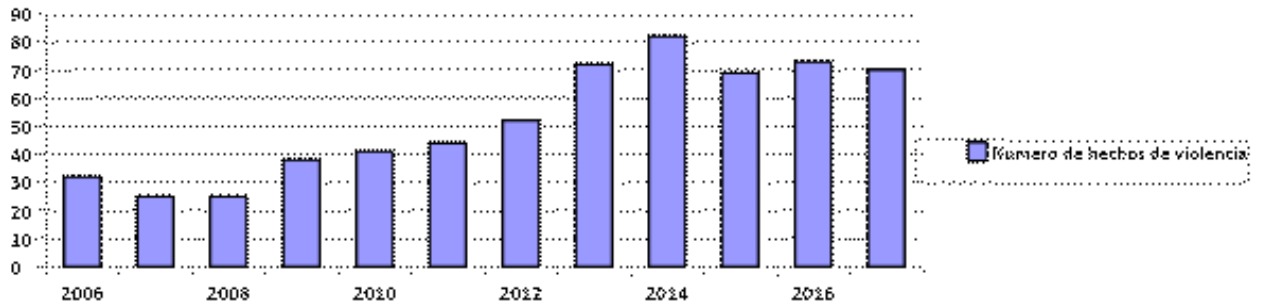
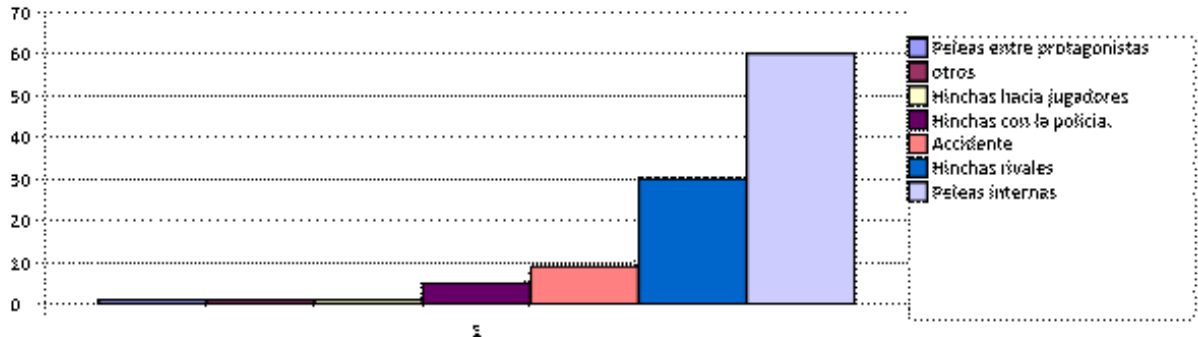


Gráfico 2) Incidentes ocurridos en el ámbito del fútbol; Fuente: Instituto de CS. Sociales. Universidad Nacional de San Martín- Conicet Argentina

Incidentes ocurridos 2006-2017	Número
Accidente	11
Agresión a árbitros	13
Agresión a los protagonistas	36
Agresión a los dirigentes o allegados	47
Destrozos o daños	89
Agresión de hinchas a jugadores	113
Peleas entre hinchas de equipos rivales	121
Peleas entre hinchas del mismo equipo	154

Gráfico 3) Fuente: Instituto de CS. Sociales. Universidad Nacional de San Martín- Conicet Argentina

Muertes según tipo de incidente; 2006-2007



Sin lugar a dudas esto es un problema de seguridad pública, resulta relevante el número en aumento en el gráfico uno teniendo en cuenta que *desde 1922 hasta 1983 murieron un porcentaje de 2 personas por año y que luego a partir de 1984 hasta el año 2017 la cifra se elevó a un 6,3 de muertes anuales*. De aquí se concluye que la sanción de leyes especiales para la prevención y sanción de la violencia dentro del marco del deporte el resultado de estas ha sido rotundamente nulo.¹⁶

Desde esta perspectiva el régimen de prevención y sanción contra espectáculos deportivos sufre de otra problemática, pues desde su creación con la ley 23.184 en el año 1985 ha sufrido dos modificaciones, las cuales fueron introducidas por las leyes n° 24.192 (1993) y n° 26.358 (2008), siendo en parte sustituida por reglamentos contravencionales tornándose una ley muy entramada y de difícil acceso. El problema más grave es la propuesta de proyectos, en forma anual y en algunos casos semestral, que se presenta sobre esta temática, producto del debate mediático, al no solucionarse los problemas estructurales de la problemática en cuestión, es frecuente que sea tapa de diario hechos de inseguridad dentro de los estadios deportivos. En el estado banalizado y deficiente que se encuentra el problema es muy difícil suponer que los destinatarios de las normas específicas se encuentren

¹⁶ Resulta aún más inquietante saber que no hay ningún tipo de estadística o debate mediático acerca de la "violencia invisible".

motivados para su cumplimiento, llegando en muchos casos a desconocer o ignorar el plexo legal en comentario.

Racionalidad teleológica

La finalidad perseguida mediante la sanción de LPSVEP (n°24.184), fue; a) volcar la experiencia recogida desde la sanción de la ley n° 23.184, en este sentido debido a que el protagonismo de los llamados grupos “barrabruvas” se encontraba en aumento, arribando incluso, a la de obtención de capacidad decisoria en entidades deportivas. b) El legislador buscó mediante sanciones más rigurosas el objetivo de erradicar la violencia en los espectáculos deportivos y garantizar la seguridad de aficionados y concurrentes a estadios deportivos, decantando en la agravante genérica contenida en el artículo segundo.

Resulta muy interesante la crítica expuesta por el senador Adolfo Gass en el debate parlamentario, este sostenía la idea que si bien tiene que haber una ley que penalice, no todos los problemas se solucionan a través de una ley, la ley penal sólo castiga acciones, pero no se debe perder el factor social; muchos simpatizantes recurren a las canchas para liberar las angustias de una sociedad desigual. Además los clubes deben asumir su respectiva responsabilidad, la cuestión radica en un esfuerzo comprometido entre dirigentes, gremios, futbolistas etc. en adoptar las medidas necesarias para evitar el ingreso y el accionar de bandas violentas. La sanción de una ley penal debe ser complementaria a estas medidas de lo contrario será siempre ineficaz, en este *sentido la reforma normativa no es el medio más idóneo para alcanzar los objetivos que hemos descrito más arriba.*

Lamentablemente la problemática no ha cambiado en la actualidad, la función latente sobre esta problemática es que estamos ante una ley que pone su foco contra los aficionados, cortando por el hilo más delgado, sin poner especial énfasis en la responsabilidad que tienen los dirigentes deportivos, la Asociación

de Fútbol Argentino y la clase política que permite y convive con las asociaciones delictivas del fútbol.

Racionalidad ética

Determinar a los individuos a acatar ciertas normas acarrea grandes problemas, entiendo a la LPSVEP como un sistema de comportamientos que podemos evaluar de manera ética, debemos responder cuando existe obligación ética de acatar la ley, por parte de cada individuo en particular será solo lo que dicte su propia conciencia moral.

Los valores morales sociales elegidos son los descritos en el apartado anterior; ellos son erradicación de la violencia y un mayor marco en materia de seguridad amparados por la Constitución Nacional (Prologo, artículo 33, artículo 18, 75 inc. 22 etc.). Pero en lo fáctico parece que no coinciden con los valores individuales de los concurrentes dentro de este especial ámbito de competencia deportiva, el fútbol en particular se rige por reglas folclóricas de austeridad y coraje, ¡Donde no resulta inmoral respetar las reglas del propio juego y mucho menos las jurídicas!

En el sentido de valores jurídicos vigentes. La LPSVEP sigue en muy poca medida el modelo político criminal actual; el garantismo, prescindiendo de dicha racionalidad legislativa, aquí es pues donde radica su irracionalidad. En este sentido se plantea un amplio sistema de contravenciones, que, si analizamos bajo un tamiz constitucional, muchas veces no pasaran los estándares mínimos provenientes de las normas de máximo nivel jerárquico.

Propuesta:

1- Siguiendo la línea de ideas elaboradas por la Comisión para la Reforma del Código Penal (decreto 103/2017) propongo la introducción de un título referido a los delitos en el marco del deporte en general en este sentido deberá

contener capítulos específicos referidos al ámbito del fútbol. En particular la creación de tipos especiales nuevos, como la asociación ilícita en su ámbito con penas de prisión, castigando además su financiamiento. De optar por hacer una reforma integral del código, se deberá elegir seguir un sistema (agravantes genéricas, en parte general o agravantes específicas para cada delito, en parte especial) de agravante por especial tenemos el ámbito geográfico de su comisión-

En este sentido pienso que es innecesaria la introducción de esta agravante, como he dicho en este trabajo, los artículos 40 y 41 contemplan de manera amplia y globalizada todos los factores objetivos (tiempo, lugar y modo) y subjetivos del ilícito, por lo que creo conveniente adoptar un sistema de libre arbitrio judicial.

2- En el caso de querer hacerse solo una reforma parcial del código, referida a las agravantes con intención de seguir el sistema genérico, propongo la creación de un título específico, dentro de la parte especial, donde se trasladará todas las agravantes genéricas que contiene el código, ya sea en su cuerpo como en sus anexos, reformando también su texto desde lo lingüístico y paratextual de acuerdo a las reglas IRAM 30701.

3- Tanto para lo expresado en el punto "2" como si lo que se propone es solo retocar la agravante de LPSVEP o, modificar dicha ley de manera total propongo la siguiente redacción:

Ámbito de aplicación. El presente capítulo se aplicará a los hechos previstos en él; cuando se cometan con motivo, en ocasión o *vinculados* a la realización de un espectáculo deportivo. Sea en el *ámbito propio* como en su *periferia*, antes, durante o después del mismo. Como así también durante el traslado y *prácticas* de los *participantes*, desde o hacia las *instalaciones* deportivas donde se desarrolle.

Para la inteligencia del presente capítulo se entenderá:

Para el término espectáculo deportivo se designa todo aquel evento, recreativo, amistoso, profesional, nacional e internacional dentro del marco de una *organización determinada* que integre disciplinas deportivas, sin importar el carácter patrimonial del evento o la profesionalidad de sus participantes.

Para el término periferia se designa un radio de quinientos metros a la redonda del predio.

El término participante comprende a toda persona humana que concurra a un evento deportivo, permaneciendo en él y posteriormente retirándose, pudiendo ser protagonista, organizador o espectador.

Incremento de la escala. Cuando en las circunstancias del artículo anterior se cometiera alguno de los ilícitos previstos en los artículos 79, 81 aquellos previsto por los artículos 5 y 14 de la ley 23.737, el mínimo de la pena prevista se aumentará en dos tercios.

Análisis: régimen penal especial en materia de espectáculos futbolísticos

El nueve de agosto del año 2016 el PEN, a través del MD, envió al Honorable Congreso de la Nación un proyecto tendiente a incrementar el “régimen penal especial en materia de espectáculos futbolísticos”, subsumido en la actualidad por las leyes 23.184 24.192 y 26.358, el cual no prosperó, con posteridad y luego de los acontecimientos de público conocimiento suscitados en la final River-Boca, llevada a cabo en diciembre de 2018, el proyecto refloto y fue propuesto nuevamente. En este apartado me limitaré a analizar las diferencias más sobresalientes, en lo que respecta al tema planeado, con el régimen actual.

a- Estructuralmente el régimen actual se divide en siete capítulos (delitos, contravenciones, dos a normas procesales, procesos de delitos, de contravenciones, facultades del estado, responsabilidad civil e invitación a las provincias a adherir al régimen contravencional), el proyecto por su parte, no

está dividido en capítulos, solo contiene un régimen penal y algunas normas procesales.

b- El proyecto se presenta como un régimen complementario, sin derogar la LPSVED, ya que su ámbito de actuación está delimitado solo para los espectáculos futbolísticos, de esta manera de aprobarse se contaría con un régimen especial y uno general.

c- El proyecto tipifica de forma delictiva ciertas figuras que hoy se encuentran dentro del régimen contravencional, como por ejemplo actividades relacionadas a la venta de entradas.

d- Desde el aspecto lingüístico, en lo que respecta a el artículo primero, se reemplazan los términos parcialidades por “concurrentes” en razón de una mayor abordabilidad, también se habla de “ámbito de juego” y no de “estadio”, como crítica podemos mencionar que no se incluyen las “inmediaciones” pero se contempla las situaciones de prácticas.

e- El artículo segundo incorpora un catálogo de definiciones.

f- Por su parte el artículo tercero contiene la agravante genérica, ampliando la cantidad de delitos enumerados, no resulta lógico porque se omitió el homicidio preterintencional y el lavado de activos.

g- Los artículos siguientes introducen figuras típicas relacionadas a el espectáculo deportivo, en este sentido también entre otras nuevas disposiciones se trata a los “barras bravas” como asociaciones ilícitas específicas.

Epílogo - A modo de palabras finales

Las escalas penales constituyen una herramienta útil en el Código Penal Argentino, a su vez éstas inciden sobre otros institutos específicos del derecho penal, interactuando de manera armónica dentro de una sistematización para ser parte de un todo, así fue pensando en su redacción original el código de

fondo. Con el devenir del tiempo se asentó en nuestro país una ideología facilista y hasta quizás demagógica para la obtención de soluciones urgentes a problemáticas sociales que de acuerdo a la posición de los legisladores de los distintos partidos políticos la solución estaría mediante la criminalización primaria, esto conlleva la expansión de leyes y conductas típicas. Todo ello dentro de un marco de contaminación e inflación legislativa global del derecho penal argentino. Trastocando de esta manera la estructura sistematizada del ordenamiento jurídico-penal. -

Con la introducción de un nuevo sistema de agravación de las escalas penales dentro de código que no fue ideado para ello, surgió un catálogo de innumerables problemas lógicos, formales, lingüísticos, todo ello por un descuido deliberado o bien por ignorancia en el uso de una buena técnica legislativa por parte de nuestros representantes en el Congreso de la Nación y sus respectivos asesores técnicos. - .

Aceptando que lo expresado en el primer párrafo es de fácil comprobación y que por el momento no se visualiza un ocaso, es que la teoría de los niveles de racionalidad corre en nuestra ayuda, planteando una lucha contra los problemas y defectos de producción legislativa, un rasgo que caracteriza y mucho a nuestras leyes penales “de urgencia”, utilizando reglas interdisciplinarias, abriendo así nuevos paradigmas y proposiciones en la manera de hacer y pensar las cosas. En este sentido esta teoría resulta una poderosa herramienta a la hora de respetar la sistematicidad de todo ordenamiento legal, en el caso en el derecho penal de nuestro país.-.

En lo que respecta a la agravante genérica contenida en el artículo segundo de la LPSVEP, la misma forma parte de la problemática más arriba planteada siendo así que, mediante sucesivas reformas se buscó atacar mediante medios que no son los más eficaces (leyes), conductas típicas realizadas en los espectáculos deportivos quedando al desnudo problemáticas que tienen solución no ya con un cúmulo de leyes específicas sino con un compromiso

serio de parte de cierto sector de la sociedad, me refiero aquí a instituciones del deporte, referentes políticos y magistrados.-

El problema de las agravantes genéricas, no es la sanción de nuevas leyes ,la cuestión reside en que no aplicamos las leyes vigentes , en el caso de la lucha contra la violencia en los espectáculos deportivos, la aplicación del CP alcanza, y si a ello le agregamos la existencia de una ley especial sobre esta materia alcanza y sobra, en este sentido el legislador debe tomar conciencia que el derecho penal actúa ex post facto, lo cual si bien es cierto que lo puede hacer de manera resocializadora o coercitiva ,no lo convierte en la herramienta más útil para batallar con conductas que están enquistadas en el seno de nuestra sociedad, más que pensar en cambiar las leyes es hora de respetarlas y cumplirlas.

Referencias:

- Atienza Manuel. (1993) Tras la justicia. España: Editorial Ariel.
- Balestra, F. Carlos. (1993) Derecho Penal. Introducción y parte general. T I. Buenos Aires: Abeledo – Perrot.
- Congreso Nacional (1992) Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores. Buenos Aires: Congreso Nacional (ed).
- D'alessio A. José & Divito Mauro A. (2009) Código Penal de La Nación. Comentado y anotado T. I y T III. Buenos Aires: La Ley.
- Domenech E. Ernesto, Laderach Rafael. Consecuencias Jurídicas asociadas a acciones típicas no justificadas. Universidad Nacional de La Plata; Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Derecho Penal 1 Catedra 2; La Plata. Argentina.
- Frega Navia, Ricardo. (2011) Cuadernos de Derecho Deportivo. Buenos Aires: Ad Hoc.

- Gaulino Martín (2016) Comentarios al proyecto y régimen penal especial para espectáculos futbolísticos Dossier. derecho del deporte, Jurisprudencia Argentina, Abeledo Perrot.
- Granillo Fernández, Hector M. (2005) Código de procedimiento penal de la provincia de Buenos Aires; comentado y anotado. Buenos Aires: La ley.
- Mir Puig, Santiago. (2005) Derecho penal parte general. Buenos Aires; Julio Cesar Faira – Editor.
- Moreno, Rodolfo h. (1903) La ley penal argentina. Estudio crítico por Rodolfo Moreno (h). Buenos Aires: Sesé y Larrañaga.
- Moreno, Rodolfo h. (1923) El código penal y sus antecedentes. Buenos Aires: Tommesí.
- Murzi Diego y Trejo Martín (2018) Hacia un mapa de la violencia en el fútbol: Actores, dinámicas, respuestas públicas y desafíos en el caso de Argentina. Revista de gestión pública Vol. VII. Número I.
- Pettoruti C. Enrique, Scatolini J. Cesar. (2005) Elementos de Introducción al Derecho. Buenos Aires: La Ley
- Righi, Esteban. Fernandez, A. Alberto. (1996) El derecho penal. La ley. El delito. El proceso y la pena. Buenos Aires: Hammurabi.
- Romero, Villanueva, Horacio J. (2016) La prescripción penal. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Soler, Sebastián. (1973) Derecho penal argentino. T II. Buenos Aires. Tipográfica editora argentina.
- Zaffaroni E. Raúl. (2006) Manual de derecho penal; parte general. Buenos Aires: Ediar.