



El Senado y la Cámara de Diputados de la Nación...

PROYECTO DE LEY
DEROGACIÓN DEL ARTÍCULO 185 DEL CÓDIGO PENAL

ARTÍCULO 1: Deróguese el artículo 185 del Código Penal.

ARTÍCULO 2: Comuníquese al Poder Ejecutivo.

Ana Carolina Gaillard

Rosana Bertone

Carlos Selva



Fundamentos

Señor presidente:

El presente proyecto es reproducción del Expediente 5306-D-2020, de mi autoría.

La excusa absolutoria prevista en el art. 185 del Código Penal está fundada, según la doctrina, en la preservación del núcleo familiar, la comunidad de hecho que existe entre ciertos parientes, la falta de alarma social cuando se produce una sustracción entre ellas, en la ausencia de interés en el castigo, entre otras causas. (D'Alessio, A J, Dir.; Divito M, Coord.; "Código Penal comentado y anotado", La Ley, Bs. As. 2004). La misma opera frente a la comisión de los delitos de hurto, defraudación o daño entre diversos miembros de la familia expresamente indicados (cónyuges, ascendientes y descendientes y afines en línea recta, consorte viudo respecto de bienes propios o gananciales propiedad del difunto y entre hermanos y cuñados que viven juntos).

Básicamente, esta excusa tiene en miras un modelo de familia asentada en el matrimonio y la consanguinidad, sin reconocer la pluralidad de vínculos sanguíneos o no, que hoy por hoy son considerados dentro de este concepto, y arraigados a un concepto de lo "privado" arraigado a la legislación del derecho de familia que correspondía a la época de la sanción del Código, que dista mucho de lo que hoy por hoy es considerado en relación a los modelos variados de relaciones familiares que se reconoce tanto en el nuevo Código Civil, como en el ámbito de los derechos de la infancia (con la inclusión de la familia ampliada) y leyes como la ley de matrimonio igualitario. De hecho, la jurisprudencia y la doctrina han limitado el uso de esta cláusula absolutoria cuando se trata de parentesco por adopción (ver D'Alessio, op. cit. Referida a la postura de Creus, motivada en la no inclusión expresa en la ley).

El concepto de "unidad familiar" que pretende atender el Código, de por sí queda sumamente parcializado dejando por fuera las nuevas formas de conformación familiar. Pero aún hay más, el concepto de familia como concepto absoluto tiene sentido en tanto y en cuanto hace a un proyecto vital de desarrollo de cada uno de sus integrantes, y no como un concepto abstracto, más bien cimentado en la familia patriarcal y hétero-normada, en la que los asuntos "de la puerta hacia adentro" quedaban librados a las asimetrías que atraviesan las relaciones interpersonales. El desarrollo en materia de derechos de niños, niñas y adolescentes, de derechos de las personas mayores y derechos de las mujeres, ha puesto en esa concepción de "privacidad", sin que ellos sea una injerencia estatal arbitraria, sí, como mínimo un cuestionamiento sobre la consonancia de este concepto con preceptos de derechos humanos.

Vemos también que la propia cláusula absolutoria no es precisa sobre la motivación, ya que por ejemplo, deja fuera delitos contra la propiedad como el robo, manteniendo los hurtos y las defraudaciones, cuando que (salvo los casos en los que exista violencia contra las personas) el daño que produce sobre el bien jurídico protegido no difiere, y en ocasiones, puede ser incluso más grave.

El concepto de protección de la familia como derecho humano, en nada se vincula al concepto de familia "por la familia misma" o a fundamentos como los que expresa Donna, al referirse a este mismo artículo, basados en fórmulas vacías como el "decoro familiar" o la evitación del "descrédito no deseada y perjudicial para la institución de la familia", fundada en la supuesta



solidaridad existente en el vínculo. (ver D' Alessio, op. cit. Referida a la postura de Creus, motivada en la no inclusión expresa en la ley).

Sobre la comunidad doméstica de bienes, otro de los argumentos que funda esta exención en la doctrina, el límite lo impone también el reconocimiento de las asimetrías entre los miembros adultos y los niños y adolescentes, varones y mujeres e incluso, de los hijos e hijas sobre las personas mayores y que, en sobradas ocasiones, implican un aprovechamiento de mala fe de los bienes de estas.

Por último, tampoco aplica la teoría de la ausencia de alarma social, según la cual, la seguridad general no se ve afectada, quedando todo en un ámbito de intimidad (Edgardo Alberto DONNA; Derecho Penal; Parte Especial). En efecto, cuestiones tales como la violencia de género o la violencia contra personas mayores, por dar un ejemplo, distan mucho de ser cuestiones que afectan el ámbito de la intimidad desde que numerosas normas y tratados de derechos humanos confirman el interés público y estatal que existe en las acciones que prevean, persigan y sancionen diferentes formas de violencia, que no se limita a lo que típicamente pueda perseguir la previsión penal sino que se presentan como un continuo de hostigamientos, maltratos y formas de menoscabo de la persona y los bienes de la víctima.

La excusa absolutoria, no se funda en el principio de lesividad ni explica per se por qué determinados vínculos (y no todos) con quien afecta un derecho de un miembro de la familia (y no todas las familias) debe prevalecer a la ofensa, es decir, tampoco cumple con el requisito de razonabilidad porque "el decoro" o la familia por la familia misma, independientemente de lo que ocurra a sus miembros dentro, no son valores que legítimamente funden la absolucón.

Para explicar la exención de responsabilidad criminal, Tejedor cita a Pacheco según quien una idea de moralidad, una idea que se deriva de la buena noción de la familia, de los lazos que la constituyen, de los derechos y deberes que la forman, es la que ha presidido todas las legislaciones cuando se ha preceptuado lo que dispone nuestro artículo. Terragni, alude a una referencia que hace Pacheco al Código de Baviera y al Comentario Oficial sobre este tema, es que esas sustracciones "no serán perseguidas judicialmente, ni castigadas sin previa denuncia de la persona robada o del jefe de la familia en cuyo poder se hallan los culpables". "Cuando el robo se comete -dice el Comentario Oficial- entre personas a quienes los une los vínculos de la sangre u otras relaciones de familia, el legislador debe respetar el secreto doméstico hasta que la parte perjudicada se queje a la autoridad" (Terragni, Marco Antonio, "Excusa absolutoria, cuándo y por qué no castigar").¹ El mismo autor refiere que "Es inevitable la evocación de la gens y a la pater familiae para suponer que algunos de los hechos que ocurren en la intimidad del grupo familiar deben ser juzgados por la autoridad paterna; sin intervención del Estado. Incluso es posible intuir que la idea de hogar, como lugar que cobija al grupo familiar, de alguna forma se ha trasladado al Código Penal argentino pues la exención de responsabilidad se extiende a los hermanos y cuñados "si viviesen juntos". (Terragni, MA, op. cit.).

¹ Disponible en <https://www.terragnijurista.com.ar/doctrina/excusa.htm>



Con motivo de las cinco reuniones conjuntas informativas entre la Comisión de Legislación Penal, que preside, y la de Mujeres y Diversidad, que preside la Sra. Diputada Mónica Macha, que tuvieron lugar entre los meses de junio y julio de este año, con el objeto de abordar los proyectos vinculados al tema de Justicia y Violencia de Género hemos tenido ocasión de escuchar expertas que desde distintas miradas aportaron una visión integral sobre la problemática y evaluaron las líneas legislativas con estado parlamentario y aquellas que requerían una sanción.

Incorporar la perspectiva de género en el Código Penal es una tarea que nos hemos dado desde esta Cámara, con algunos avances certeros (como la incorporación de figuras como el femicidio o la redenominación de los delitos sexuales sacándolos del concepto de "honestidad"), que van dimensionando en un Código cuya estructura de base se mantiene desde principio de siglo pasado, cuando claramente las mujeres ni participábamos en la vida política del país, y de hecho éramos definidas con una capacidad jurídica disminuida. El Código Penal, fue elaborado con una mirada androcéntrica, en el que el valor de la "familia" no estaba estrictamente vinculado al ejercicio de derechos, como puede estar inscripto hoy en nuestra norma constitucional y a la luz de los tratados de derechos humanos que la integran, incluida la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer.

El artículo 2 de la Convención, concretamente en el inc. c) impone a los estados "Establecer la protección jurídica de los derechos de la mujer sobre una base de igualdad con los del hombre y garantizar, por conducto de los tribunales nacionales competentes y de otras instituciones públicas, la protección efectiva de la mujer contra todo acto de discriminación", mientras que el inc. g) manda a los Estados a "Derogar todas las disposiciones penales nacionales que constituyan discriminación contra la mujer." Estas dos pautas son centrales para hacer una evaluación de nuestra legislación en clave de géneros.

La cláusula absolutoria del 185 fue denunciada como discriminatoria de los derechos de la mujer y afecta la igualdad. Mariela Labozzetta, titular de la UFEM del Ministerio Público Fiscal refirió en su exposición del día 11 de junio, el arrastre de cuestiones patriarcales y hétero-normativa de esta figura, vinculada a los paradigmas de la protección de la familia por sobre cualquier otra consideración, desconociendo que la Ley 26.485, Ley de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales, reconoce a las mujeres la protección de su integridad económica (art. 3 inc. c).

La misma ley define que esta violencia, basada en razones de género, se produce en el ámbito público como en el privado y está basada en una relación desigual de poder, y que es susceptible de afectar, también su integridad económica o patrimonial (art. 4). Finalmente, define que la violencia Económica y patrimonial es la que se dirige a ocasionar un menoscabo en los recursos económicos o patrimoniales de la mujer, a través de: a) La perturbación de la posesión, tenencia o propiedad de sus bienes; b) La pérdida, sustracción, destrucción, retención o distracción indebida de objetos, instrumentos de trabajo, documentos personales, bienes, valores y derechos patrimoniales; c) La limitación de los recursos económicos destinados a satisfacer sus necesidades o privación de los medios indispensables para vivir una vida digna; d) La limitación o



control de sus ingresos, así como la percepción de un salario menor por igual tarea, dentro de un mismo lugar de trabajo. (art. 5).

Dentro de los matrimonios y parejas, nos refería Labozzetta, "se producen muchas situaciones de violencia económica, entonces también hay que revisar los artículos que todavía arrastran este paradigma. Se debe poder pensar en el delito de estafa cuando se producen estafas particulares dentro de las parejas. "Esta mención la hacía también, la experta invitada, Eleonora Lamm, en su exposición del día 16 de julio. Sobre esta cláusula, la Sra. Ministra Elizabeth Gómez Alcorta, titular del Ministerio de Mujeres, Género y Diversidad, en su exposición del 6 de julio, coincidía en la visión sobre la desigualdad en que las relaciones patrimoniales suelen darse en muchas familias, y que dicha cláusula afectaba generalmente los derechos de las mujeres de acceder a la justicia, y agregaba que: "Quizás sea el momento de repensar esto, es decir, si efectivamente esas no son parte de las rémoras que generan mayores niveles de desigualdad en el ámbito del sistema penal y del sistema normativo. Considero que cada vez que pensemos una reforma hay que analizar qué se reproduce, qué se legitima o no, y qué se deconstruye."

Hay antecedentes de derogación de esta figura en esta Cámara y en la de Senadores y se ha recogido en la Jurisprudencia (vg. causa CFP 8676/2012/1/CFC1 del registro de esta Sala, caratulada: "R., E. Á. por delito de acción pública"); entiendo que es hora de hacer lugar a esta certeza compartida de que esta figura genera discriminación, produce desigualdad y afecta directamente el derecho de acceder a la Justicia a grupos de vulnerabilidad y debe ser derogada.

Por todo lo expuesto, solicito a mis pares la aprobación del presente proyecto de ley.

Ana Carolina Gaillard

Rosana Bertone

Carlos Selva