

TITULO: ANALISIS DEL ANTEPROYECTO ELABORADO POR LA COMISION PARA LA REFORMA DEL CODIGO PENAL DE LA NACION, CREADA POR DECRETO DEL P.E.N. NRO. 103/2017.

TEMA: PARTE GENERAL: Definición del término “conviviente” y su aplicación en los distintos tipos penales. Alcance. Importancia e innecesariedad de la definición. Comparación con la legislación civil aplicable -art. 78-.

AUTORA: CECILIA MCINTOSH

I. El Proyecto de Código Penal 2018 del Poder Ejecutivo reza en el artículo 78 inciso 4 que "con el término conviviente se designa a los integrantes de una unión convivencial en los términos del Título III del Libro Segundo del Código Civil y Comercial de la Nación". Esta definición no está contenida en el Código vigente ni en los Proyectos 2006 y 2012.

La introducción tiene como efecto no querido la exclusión de posibles "convivientes" de los tipos agravados, con la consecuente desprotección privilegiada de posibles víctimas y de los bienes jurídicos tutelados. Estas víctimas excluidas tienen en común su particular situación de vulnerabilidad frente a los victimarios, por lo que no respeta los órdenes constitucional y convencional. No obstante, se ha hecho en forma inadvertida, puesto que de la lectura del articulado propuesto surge que se ha intentado mantener esta protección privilegiada tal como en el Código vigente.

Desde que se intenta vincular las nociones de convivencia con vulnerabilidad de la víctima, se analizarán los supuestos en los que la situación o relación resulta agravante de tipos penales y no aquellos en que funciona como excusa absolutoria¹ o disminuye la culpabilidad.

II. La importancia e innecesariedad de esta definición:

¹ Aunque es interesante la propuesta para el encubrimiento y el del contrabando (arts. 277 inc. 3 y 364 del proyecto) cuando declara exentos de responsabilidad, en la misma oración, al "cónyuge, pariente cuyo vínculo no excediere del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad o de un amigo íntimo o persona a la que se debiese especial gratitud", las notas salientes y definatorias parecen ser la intimidad y la gratitud, que en todo caso, se presumen en los parentescos listados y en la convivencia.

Las definiciones de los artículos 77 y 78 del CP tienen el valor de interpretación auténtica², sin embargo su valor podría ser relativo, condicionado por los particulares alcances que puedan resultar asignados a estas palabras, las cuales padecen la vaguedad y ambigüedad propia del lenguaje."³ Desde que se puede invocar el principio de estricta legalidad para excluir la aplicación de la condición, nos parece que la interpretación obligada será, como adelantamos, la aplicación estricta al concepto de "conviviente" de lo que surja de la remisión hecha al Código Civil y Comercial (en adelante CCyC).

Parece innecesaria, ya que si a veces la intención del legislador es equiparar al conviviente con el cónyuge, no es así en todos los casos, o la equiparación no resulta útil al bien jurídico protegido..

III. La unión convivencial en el Código Civil y Comercial.

El artículo 509 define la unión convivencial como una relación afectiva de carácter singular, pública, notoria, estable y permanente de dos personas que conviven y comparten un proyecto de vida común, sean del mismo o de diferente sexo.

El artículo siguiente requiere además que ambos integrantes sean mayores de edad, que no estén unidos en parentesco en los grados prohibidos para el matrimonio, que no tengan impedimento de ligamen ni de otra unión convivencial registrada en forma simultánea, y que la convivencia se mantenga durante un período no inferior a dos años.

En cuanto a la registración prevista en el artículo 511 es a los fines probatorios y no constitutivos (art. 512). Es decir, la unión convivencial existirá, esté o no registrada, si tiene los caracteres de los artículos 509 y 510.

Como la registración es a los fines de la prueba, cobran sentido los caracteres exigidos de notoriedad y estabilidad; a diferencia del matrimonio, vínculo que surge de la sola celebración ante el oficial público.

² Ramos, J., "Curso de Derecho Penal", Biblioteca Jurídica Argentina, Buenos Aires, 1943, T. IV, pag. 276, citado por D'Alessio, A. J., director, Divito, M., coordinador, "Codigo Penal. Comentado y anotado", La Ley, Buenos Aires, 2007, T I, pag. 767.

³ De la Rúa, J., "Codigo Penal Argentino. Parte general", 2a ed, Depalma, Buenos Aires, 1997, pag. 1183, citado por D'Alessio, loc. cit., pag. 762.

Tenemos aquí el primer error de la remisión: no equipara al conviviente al cónyuge puesto que le exige o bien la prueba de los requisitos o bien la registración. Para los convivientes no registrados la reforma propuesta es gravosa en cuanto a la prueba.

Los otros requisitos tampoco han sido queridos por el legislador que introdujo las agravantes de la convivencia⁴, y no parecen queridos por el proyecto.

Tiene que tratarse de una relación de pareja, requisito no previsto por ejemplo en el inciso f del artículo 119⁵ o en el 120 CP.

La relación tiene que ser singular. Es decir, no puede coexistir con otra relación de pareja, matrimonial o no, registrada o no, el conviviente solo cometerá un hecho agravado si es un monógamo convencido y practicante; no alcanzará con que la relación que tenga la víctima sea monógama, bastará con que el victimario tenga otra pareja para excluir las agravantes⁶.

Las personas deben convivir, requisito que no es exigido a los cónyuges⁷, nuevamente no existe ninguna equiparación y la remisión es circular: son convivientes quienes conviven.

Tampoco tiene demasiado sentido limitarla a las parejas que no tienen un parentesco dentro de los grados prohibidos, porque si lo tienen, serán parientes que también cometen conductas agravadas y que se listan junto a los convivientes en los casos en los que el legislador aplica la agravante.

⁴ La convivencia fue introducida en el Código por la ley 25.087 en los delitos contra la integridad sexual (recordemos que se cambió el nombre del título que antes protegía la honestidad); en el artículo 80 por la ley 26.791 del año 2012, y en los artículos 126 y 127 por la ley 26.842, también del 2012. La ley 25.087 importó el cambio de paradigma de la sexualidad de la mujer y su libertad, pero también tuvo en cuenta su mayor vulnerabilidad (de los fundamentos del proyecto propuesto a la Cámara de Diputados -398-A-97-, de los diputados Carrió, Carca, Bravo y Fayad).

⁵ Salvo que se diga que se definió "conviviente" y no "convivencia", lo que carece de todo sentido.

⁶ Marisa Herrera pone el ejemplo del caso juzgado por la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, "G., M. F. c/ Provincia de Buenos Aires", del 18-3-2009: se trataba de un reclamo previsional en que se dirimió la situación de dos relaciones de pareja, en las que ambas demostraban los rasgos de notoriedad, publicidad, estabilidad y permanencia y en que también, cada una creía que era singular, pero al fallecer la persona, ambas convivientes alegaron tener derecho a pensión. (Herrera, M., en Lorenzetti, R. (director), "Código Civil y Comercial de la Nación comentado", Rubinzal -Culzoni, Santa Fe, 2015, T III, pag. 283-284), citado por Figari, R., en "La relación de pareja del inciso 1 del artículo 80 del CP no equivale a unión convivencial civil sino que la excede" (disponible on line en www.rubenfigari.com.ar).

⁷ El cónyuge es alcanzado por las agravantes que lo mencionan aún cuando no haya convivencia.

Deben ser además ambos mayores de edad, lo que sumado al requisito de permanencia de al menos dos años, ocasionará que no habrá ni víctimas ni victimarios menores de 20 años. Se desconocen así todos los supuestos de uniones entre adolescentes o entre un mayor y un adolescente (haciendo desaparecer por completo la posibilidad de un estupro agravado, y su previsión legal, totalmente superflua).

IV. La intención de la comisión redactora:

En lo que aquí interesa, se observa que se ha cumplido con el intento de mantener en lo posible la numeración y las palabras utilizadas en el Código vigente. De la lectura del texto propuesto, e insisto, en lo que aquí interesa, no surge un cambio de valoración ni surgen razones de porqué la voz "convivencia" habría de sufrir todas las limitaciones puestas de resalto.

Estas limitaciones, reitero, no han sido queridas, ni parecen queribles por el legislador que está destinado a tratar el proyecto. Por ejemplo, este legislador en el artículo 2 de la ley 27.372, considera víctima al conviviente y en general, a toda persona que hubiere sufrido una afectación psíquica o física que le impida ejercer sus derechos.

V. La convivencia como forma de familia:

"La convivencia es una forma de familia que se ha extendido en la realidad social. La razón tradicional de las agravación por parentesco -la confianza depositada en el pariente- es válida de hecho para el conviviente y también para quien lo haya sido, al que se le ha franqueado el acceso a toda su intimidad, sus modos de vida y sus costumbres. La previsión del conviviente, de paso, resuelve el problema que planteaban los matrimonios nulos".⁸ Es una calificante que por lo general responde a un mayor contenido de injusto.

V. La intención del Código Civil y Comercial de la Nación:

Es una realidad captada también por el Código Civil y Comercial, pero no es original y solo intenta reconocer y brindar mayor protección. La jurisprudencia y la legislación ya con anterioridad a la reforma constitucional de 1994, ampliaban la

⁸ Exposición de motivos para el Proyecto 2013, artículo 77, "homicidios agravados", Eugenio Raúl Zaffaroni.

protección en casos puntuales a los convivientes. Fígari⁹ remonta el listado a la sanción de la ley 17.711.

La ampliación de la protección a formas de familia no basadas en el matrimonio del Código de Vélez Sarsfield, se encuentra en el corazón del Libro II, “de las relaciones de familia”, lugar donde también aparece el artículo 509 del Código Civil y Comercial de la Nación. Al respecto se ha dicho que: "Todas estas son realidades sociales bien palpables que el texto civil que nos regía hasta hoy invisibilizaba, escondía o renegaba, conculcándose una normativa constitucional básica y fundacional de un Estado democrático como prevé el art. 19 de la Constitución Nacional, que reconoce y promueve el respeto por la libertad y la intimidad; en este caso, de formar la familia que se quiera, desee o se pueda, en total consonancia con el art. 14 bis, que se preocupa por la protección integral de la familia sin definirla, es decir, considerándola de manera amplia e inclusiva."¹⁰

La intención no ha sido excluir relaciones de hecho no comprendidas sino dar una protección privilegiada a las que cumplen ciertos requisitos, desde que incluso "el cumplimiento de los rasgos estructurales definidos en el art. 509 CCCN, más los requisitos constitutivos previstos en el artículo (510), son exigidos a los fines de reconocer los efectos jurídicos previstos en el Título III del Libro II; por tanto, no puede inferirse de este razonamiento que las convivencias de pareja que no cumplan con alguno o varios de estos requisitos no tengan efecto jurídico alguno dentro de la nueva legislación civil y comercial."¹¹

En suma, la definición propuesta, le hará decir a la ley penal lo que no quiere decir la ley civil, volviendo a tiempos perimidos en los que se excluía a los concubinos y a sus hijos de la protección de los unidos en matrimonio, primero exclusivamente religioso y luego civil.

⁹ loc. cit.

¹⁰ Herrera, M., Picasso, S. y Caramelo, G, "Introducción al Libro Segundo", "Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado", Infojus, 2015, disponible en www.saij.gov.ar

¹¹ De la Torre, N., en "Libro Segundo", "Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado", Infojus, 2015, disponible en www.saij.gov.ar, pag. 195.

Por eso dice también Natalia de la Torre que la registración prevista en el artículo 511 tiene exclusivamente fines probatorios, afirmando con elocuencia: "La razón de esta política legislativa es clara: no dejar nuevamente fuera del derecho a un grupo amplio de personas, sobre todo a aquellas más vulnerables que, por diversos motivos socioculturales, no quieren o no pueden acceder a la registración de sus convivencias. De este modo, se evita crear nuevas categorías o tipos de familias por fuera del derecho".¹²

VI. La relación de convivencia en el Código Penal vigente y en el proyectado. Los Proyectos 2006 y 2013. La interpretación vigente.

En el derecho penal, ser "conviviente" con la víctima constituye una circunstancia agravante en muchos delitos contra las personas, la integridad sexual y la libertad (también en el secuestro extorsivo, que está en el catálogo entre los delitos contra la propiedad).

Analizaremos los tipos penales siguiendo a Alejandro Tazza¹³.

El listado que sigue es deliberadamente pobre en cuanto a verbos típicos y amenazas de pena. No queremos fatigar sino con el concepto de "conviviente". Compara además cuatro textos, el Código vigente, el Proyecto 2018, o simplemente, Proyecto, y los Proyectos 2006 y 2013 de las comisiones creadas por Resoluciones Nos. 303/04 y 136/05 del Ministerio de Justicia y Decreto 678/2012, respectivamente.

El proyecto 2006, que expresa una fobia a la inflación penal y a la creación de agravantes específicas, trae pocas veces esta circunstancia, e incluso elimina a los cónyuges en el homicidio agravado, se mantienen para ciertos delitos (por ejemplo, contra la integridad y libertad sexual). La intención de los autores es que los jueces aprecien la

¹² De la Torre, loc. cit., pag. 196.

¹³ La elección de este autor no es caprichosa, su comentario al Código Penal está actualizado al 2018, por lo que resulta adecuado para la investigación que estamos realizando: cuál es la valoración actual del legislador, cuál es el estado de doctrina y jurisprudencia en 2018. Tazza ha escrito además sobre trata de personas (delito agravado por la convivencia) que se cita oportunamente. Y resulta sumamente interesante que cometa el mismo error que criticamos, también creemos que en forma inadvertida, pues no se corresponde con la valoración que realiza. Alejandro Tazza ha colaborado además con Jorge Luis Villada en una propuesta de anteproyecto de reforma integral, en la que, por ejemplo, para agravar en el homicidio se habla simplemente de "persona con la que se tiene una relación afectiva", que nos parece un concepto que resuelve todos los problemas de interpretación que venimos exponiendo (disponible en www.fundara.org.ar).

pena dentro del amplio margen de la escala. Esta intención está expresamente aclarada en los "Fundamentos" del proyecto.¹⁴

a. El artículo 80 inciso 1 del CP vigente agrava el homicidio cometido en perjuicio de la persona "con quien mantiene o ha mantenido una relación de pareja, mediare o no convivencia". En el proyecto la agravante se contempla también en el inciso 1 del artículo 80 amenazando con prisión perpetua al que matare: "A su cónyuge o conviviente o a quienes lo hubieren sido".

Alejandro Tazza, aunque también yerra al remitir en forma genérica al Código Civil y Comercial, aclara que la razón de la agravante es "la especial relación afectiva entre víctima y victimario"¹⁵ ¹⁶, y comprende a "aquella que tiene lugar entre dos personas de cualquier sexo, unidas por un vínculo sentimental de carácter amoroso y de cierta estabilidad o permanencia en el tiempo aunque no fuere continua"¹⁷. Desarrolla incluso las razones de la nueva redacción de la ley 26.791, aclarando que respecto de los "cónyuges y ex cónyuges", la intención ha sido zanjar cuestiones respecto de los divorciados vincularmente y de los matrimonios declarados nulos: todos los ex conyuges y ex convivientes parecen alcanzados por la agravante.

Los casos grises (relaciones de noviazgo muy incipientes, relaciones en las que el afecto puede haberse extinguido muchos años antes) quedan librados a la prueba y a la argumentación en torno a la estabilidad y seriedad de la relación: los dos años que exige el Código Civil y Comercial ni siquiera son tratados.

El Proyecto 2013 menciona expresamente a los convivientes estables y quienes lo hayan sido en el artículo 77 inc. 1.

¹⁴ "Anteproyecto de ley de reforma y actualización integral del Código Penal de la Nación", Ediar, Buenos Aires, 2007, pag. 76.

¹⁵ Tazza, Alejandro, "Código Penal de la Nación Argentina comentado", Rubinzal Culzoni, Buenos Aires-Santa Fe, 1a Ed. revisada, 2018, T I, pag. 34. Vuelve a errar a nuestro criterio al referirse a la corrupción de menores, pag. 430.

¹⁶ Aunque aclara más adelante que no quedan solamente incluidas las uniones convivenciales" de los artículos 509 y siguientes del Código Civil y Comercial", extendiéndose a lo que comunmente se denomina "concubinato", op. cit. pag. 38.

¹⁷ Loc. cit. pag. 40.

b. Una relación de las del inciso 1 del art. 80, también es agravante en el homicidio de proposito indirecto u "homicidio transversal" del inciso 12 (inciso 11 en el proyecto). El ejemplo típico es el del ex conviviente que mata al hijo del otro para castigarlo por haber finalizado la relación. Una vez más si la pareja cumple o no con los requisitos del CCCN carece de todo interés desde el punto de vista de la víctima del homicidio.

En la exposición de motivos del Proyecto 2012 se hace mención en este supuesto a que entre convivientes, el hecho normalmente responde a amenazas anteriores, demostrándose la pluralidad de bienes jurídicos comprometidos. El grado de culpabilidad también suele ser mayor, en razón de la perversidad de la motivación que por lo general lo acompaña.

c. Las circunstancias agravantes del artículo 80 CP, también lo son en las lesiones de los artículos 89, 90 y 91, tanto en el vigente como en el proyectado artículo 92. Asimismo en el abuso de armas (también en ambos casos en el art. 105). La misma remisión en el artículo 94 del Proyecto 2013.

d. El inciso f del artículo 119 trae una agravante para el abuso sexual con abuso carnal cuando "el hecho fuere cometido contra un menor de dieciocho años, aprovechando la situación de convivencia preexistente con el mismo" (inciso 6 en el proyecto).

Recurriendo nuevamente a Alejandro Tazza, se pone como ejemplo al "concubino" que abusa del hijo de su pareja¹⁸. Las razones: la convivencia implica "una función de guarda o cuidado de la víctima" (con cita de "Kelemen", de la Sala IV de la CNCas.Pen., el 22-10-2008). Es que la convivencia coloca al menor en una situación de mayor vulnerabilidad, se cumplan o no los requisitos del CCCN.

Las relaciones sexuales no consentidas están agravadas en el Proyecto 2006 si el autor fuera ascendiente por consanguinidad o afinidad, tutor, curador, encargado de la educación o guarda de la víctima (artículo 154).

El Proyecto 2013 sin eufemismos llama al delito "violación" en el artículo 126, y lo agrava, a nuestro juicio con mejor técnica, cuando el autor "se valiere de un previa relación familiar, afectiva, de autoridad o de ascendiente sobre la víctima". Lo novedoso aquí es la

¹⁸ Op. cit., pag. 414.

ampliación del concepto de abuso de la relación, que ya existe en otras normas del CP, para incluir no solo a la relación de poder y autoridad, sino también a la familiar y afectiva.

e. La agravante del inciso f se aplica también en el abuso sexual simple (art. 119 in fine CP, en el mismo sentido el proyecto, remitiendo al inciso 6). Lo mismo sucede en el 120 -estupro- que se reitera en el proyecto también en el artículo 120 remitiendo al inciso 6 del 119.

La convivencia resulta también agravante en el estupro en el Proyecto 2013 (artículo 128). La exposición de motivos pone como ejemplo al conviviente de la madre de la víctima. Es interesante que en este artículo no se aclare que la convivencia ha de ser estable, lo que parece tener la intención de no limitarla a la relación concubinaria.

f. En la corrupción de menores del artículo 125 CP la amenaza también es mayor si el hecho se comete por "tutor o persona conviviente o encargada de su educación o guarda", estas circunstancias están separadas por la conjunción disyuntiva "o", que significa alternancia, a diferencia de las anteriores, ascendiente, cónyuge, hermano, que están separadas por comas, puesto que se excluyen. En este artículo el legislador equipara entonces a un conviviente con un tutor o encargado de educación o guarda (véase no obstante lo que decimos del artículo 133); el conviviente también comete la conducta agravada en el proyectado inciso 2 del artículo 125.

g. La convivencia con la víctima también resulta agravante en el delito de promoción o facilitación de la prostitución de mayores de 18 años. Así el artículo 126 inciso 2 amenaza con prisión de diez a quince años "al que promoviere o facilitare la prostitución de una persona si el autor fuere...conviviente...de la víctima". Este delito ha pasado en el proyecto al número 128, y la convivencia resulta agravante por el párrafo tercero.

En el estudio de la "convivencia" vuelve a errar Tazza al remitirse al artículo 509 del CCCN, pero pone luego el ejemplo del padrastro de la víctima, u otros parientes no comprendidos en la descripción especial, los que estarían incluidos por estar encargados de la guarda o educación de la víctima, o de su cuidado ocasional¹⁹.

¹⁹ Op. cit., pag. 436

El proyecto 2006 agrava la promoción o facilitación de la prostitución de menores de 18 años en el artículo 156 si el hecho se cometiera con abuso de autoridad...o si el autor fuera ascendiente, cónyuge, hermano, tutor o encargado la educación o guarda del menor. En la promoción y en la explotación de la prostitución de mayores, la relación de dependencia o de poder es modo de comisión y no agravante (arts. 157 y 158).

El Proyecto 2013 agrava la promoción de la prostitución de menores con las mismas palabras y entonces con el alcance que hemos resaltado al reseñar el 119 CP: abusando de una relación familiar o afectiva, circunstancia que puede predicarse del conviviente del progenitor, sin problemas de interpretación legal.

h. El artículo 127 CP reprime la rufianería o explotación de la prostitución ajena. La convivencia y otras circunstancias constituyen agravantes según el inciso 2 del párrafo segundo -coincide salvo en la amenaza de pena, el proyecto-, se trata de personas que ejerzan "especial influencia por su situación personal".²⁰

i. El artículo 133 del CP igual que el 133 proyectado, reprime con las penas del autor a los convivientes partícipes de cualquiera de los hechos reprimidos en el Título, es decir de todos los cometidos contra la integridad sexual. Resulta interesante en el sentido de este trabajo, ya que luego de listar a ascendientes, descendientes, cónyuges, convivientes, afines en línea recta, hermanos, tutores y curadores, incluye a "cualquiera persona que, con abuso de una relación de dependencia, de autoridad, de poder, de confianza o encargo". En suma, lo que tienen en común estos posibles partícipes y que los hace merecedores de la pena de los autores, es el abuso de la relación con la víctima.

j. La privación ilegal de la libertad no resulta agravada para el conviviente²¹ de la víctima en el artículo 142 del CP, aunque se lista a "cualquier otro individuo a quien se deba un respeto particular". El proyecto si lo incluye en el 142 apartado 1 inciso 2. El

²⁰ Tazza, op.cit., pag.450

²¹ Erroneamente dice Tazza en las paginas 558 y 566 (loc. cit.).

Proyecto 2013 lo incluye en el artículo 106, exigiendo nuevamente que sea una convivencia estable²².

Cuando la privación ilegal de la libertad es coactiva (142 bis) sí aparece la agravante en el CP, como también en el proyectado 142 apartado 2.

El Proyecto 2006 no tiene agravante para la privación ilegal de la libertad para el conviviente; sí para el ascendiente, un hermano, el cónyuge u otro individuo a quien se deba un respeto particular (art. 126).

El artículo 107 del Proyecto 2013 unifica el tipo de privación ilegal de la libertad coactiva, a nuestro juicio apropiadamente, con el de secuestro extorsivo, llamándolo "secuestro de persona". Incluye entre las circunstancias agravantes la del conviviente estable (por remisión al artículo anterior).

k. La prolongación indebida de detención del artículo 143 CP, se agrava por la condición de conviviente (art. 144 CP). Lo mismo ocurre en el 143 proyectado.

l. El artículo 145 ter del CP agrava la figura del delito de trata de personas cuando el autor fuere ascendiente, descendiente, cónyuge, afín en línea recta, colateral o conviviente, tutor...de la víctima. La técnica es pésima, pero no iguala al cónyuge con el conviviente porque no están al lado, separados por la "o" (de alternancia); el legislador podía haber dicho cónyuge o conviviente, si se refería a esa relación de pareja, sin embargo dice afín en línea recta, colateral o conviviente. Autoriza, primero, a considerar incluida a toda la línea colateral, sea por consanguinidad o afinidad²³; segundo, a cualquier conviviente, no necesariamente a la pareja de la víctima. Es que se puede concluir la intención del legislador de proteger a todas las personas que por sus posibles relaciones de familia se encuentran en una especial situación de vulnerabilidad.

²² El conviviente estable parece ser el "concubino" (así lo interpreta Julio Castro en *Delitos contra la libertad*, "Revista de Derecho Penal 2014, número extraordinario: *Anteproyecto de Código Penal de 2013*", Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2014, pag. 361. Por eso nos parece interesante que en otros casos, en los que se quiere introducir a otros convivientes que no son pareja y parientes fuera de los grados previstos se hable de aprovechamiento de relación familiar o afectiva.

²³ Tazza, A., "La trata de personas", Hammurabi, Buenos Aires, 2014, pag. 100.

Yerra nuevamente en su comentario al CP, Alejandro Tazza²⁴, pero no es lo que dice en su obra específica sobre el tema escrita un año antes de la entrada en vigencia del CCCN: "si bien parece ser que el legislador se estuviera refiriendo a las relaciones de convivencia sentimental (concubinato), el término también podría abarcar a otras personas que conviven bajo el mismo techo, aun cuando no ostenten dicha relación (por ejemplo, amigos, cuñados, padrinos, etcétera), y en la medida que existan caracteres de habitualidad y permanencia bajo el mismo domicilio o lugar habitable" (aunque concluye que no es esta la interpretación adecuada).²⁵

Yerran también Fellini y Morales Deganut: luego de decir que cuando el autor fuera cónyuge o conviviente (soslayando que en el texto legal "o conviviente" se lista bastante después de cónyuge) los agravantes de la pena radican en el serio quebrantamiento del deber de respeto inherente al vínculo, para agregar que "por conviviente debe entenderse que se han cumplido los requisitos establecidos por el CCCN estipulados para las uniones convivenciales (art. 509 y ss)."²⁶

El conviviente cometerá el delito de promoción o facilitación de la entrada o salida del país de menores para que ejerzan la prostitución agravado en el artículo 159 del Proyecto 2006. El abuso de autoridad es modo de comisión si las víctimas son mayores (art. 160).

El Proyecto 2013 también agrava el delito de trata por la convivencia con la víctima en el artículo 111. Aquí a diferencia de artículos anteriores del mismo proyecto, la voz "conviviente" no va acompañada del calificativo "estable", el concepto es más amplio.

m. Por último, el secuestro extorsivo del artículo 170 CP. Acá pueden no quedar dudas de que se trata de la pareja del autor "cónyuge o conviviente", igual que en el 170 inciso 2 proyectado.

Ya vimos que el Proyecto 2013 unifica la privación de la libertad coactiva, con el secuestro extorsivo, y lo agrava por la "convivencia estable" en el artículo 107.

²⁴ Op. cit. pag. 646.

²⁵ "La trata", pag. 102.

²⁶ Fellini, Z., Morales Deganut, C., "Delito de trata de personas", Hammurabi, Buenos Aires, 2017.

VII. Vulnerables:

En definitiva, de las intenciones del legislador de 1999 hasta la fecha, de los proyectos de reforma integral anteriores, de la interpretación de doctrina y jurisprudencia, y de la copia casi textual del texto vigente en el Proyecto 2018, surge con claridad que no existe ningún cambio de valoración que motive la exclusión de algunos convivientes que no cumplan los requisitos de los artículos 509 y 510 CCCN. Al contrario, salvo por la mencionada introducción al artículo 78, los redactores del proyecto parecen no haber pensado en modificar la punición de los convivientes ni en aclarar ningún concepto. Lo que nos persuade de ha sido una introducción impensada.²⁷

Podemos afirmar que la convivencia con una persona puede poner a la víctima en una situación de vulnerabilidad mayor para ciertos hechos contra las personas, su libertad y su integridad sexual. "Vulnerables son aquellos que pueden ser heridos o dañados... personas que por sus características, son más susceptibles a los daños que provoca la sociedad, aquellos que están más desprotegidos, los que no pueden enfrentar un medio hostil, discriminatorio y violento".²⁸

Vulnerables son, como nos recuerda también Tazza, las personas que pueden ser sometidas fácilmente a los designios y voluntad del autor de la comisión delictiva en virtud de las especiales circunstancias en que se encuentra (pobreza, desamparo, carencia de necesidades básicas), particularidades propias del nivel socio cultural y de las condiciones de vida de la víctima; se encuentran en esta condición aquellas personas que tienen una relevante limitación para evitar o mitigar los daños y perjuicios derivados de la infracción penal²⁹.

Las víctimas y victimarios de los delitos reseñados son habitantes de las novelas y los cuentos desde hace siglos, pero solo recientemente del derecho penal y del procesal

²⁷ Algunas voces se han alzado contra la reciente condena de una joven de 19 años por el homicidio de su novio, pero recordamos que la circunstancia agravante del artículo 80 del CP que se aplicó fue la relación de pareja sin convivencia (caso de "G., N. M. s/ homicidio doblemente agravado" del Tribunal de Juicio y Apelaciones de Gualeguaychú, Entre Ríos, del 24 de julio de 2018); por otro lado, la joven no tenía edad suficiente para tener por configurada una "unión convivencial" en los términos de los artículos 509 y 510 del CP.

²⁸ del Prólogo de Carmen Argibay a "Vulnerables", FUNDEJUS, Lajouane, Buenos Aires, 2011.

²⁹ Tazza, op. cit., pag. 438, con cita de las 100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condiciones de Vulnerabilidad.

penal. En los cuentos, suelen salvarse por obra de la magia o de algún otro *deus ex machina* (un listado rápido contiene a Dickens y los niños explotados, a los hermanos Grimm y sus malvadas madrastras, a la *Cándida Erendira* y su abuela desalmada, a Jane Eyre y su horrible escuela). Del derecho penal y procesal penal no esperamos magia, pero si una protección especial y progresiva, no regresiva, de los Derechos Humanos.

Una reforma integral del Código Penal es una buena ocasión para no decir lo que no se quiere -lo que se logra eliminando el proyectado inciso del artículo 78 y además decirlo mejor en casos discutibles como en la trata de personas agravada.

VIII. Jurisprudencia nacional:

Tampoco nuestros jueces están pensando en restringir las agravantes en el sentido de los artículos 509 y 510 del CCCN.

En "R.J.R.A. s/ recurso de casación" 17 de febrero de 2016, la Sala V de la CNCP (con la firma de los dres. Borinsky³⁰, Hornos y disidencia de Gemigniani, que solo se refirió a una accesoria), confirmó la condena de un hombre, 6 años mayor que la mujer, de 18, a la que convenció primero de ejercer la prostitución y luego de irse a vivir a la casa donde también habitaba con su madre y hermanos y continuar ejerciéndola allí, hasta que ella se escapó, lo que ocurrió seis meses después. La sentencia fue pronunciada por el Tribunal Oral de Santa Rosa y describe la conducta "como autoría responsable del delito de explotación económica del ejercicio de la prostitución ajena, en concurso ideal con el delito de trata de persona en su modalidad de captación con fines de explotación sexual, agravado por haber mediado engaño, violencia, amenazas, valiéndose de la situación de vulnerabilidad de la víctima y la convivencia (arts....145 ter inc. 1 y 6 en función del artículo 145 bis del CP...)".³¹

El Tribunal Oral Federal 1 de Córdoba condenó, el 13 de abril de 2015 a G. y E. por entenderlos autores penalmente responsables del delito de rufianería en los términos

³⁰ Ya habrá advertido el lector que el Dr. Hernán Borinsky es el Presidente de la Comisión de Reforma del Código Penal, quien en un artículo elaborado junto con el Dr. Ignacio Pascual, anuncia que "No se busca volver a empezar, sino construir, ordenar y mejorar a partir de lo que tenemos y conocemos". ("A 100 años del Proyecto del vigente Código Penal de Rodolfo Moreno (h)"). En dicho texto solo se anuncia que en el artículo 80 se equipara al conviviente con el cónyuge en consonancia con el CCCN, sin ninguna aclaración adicional.

³¹ Publicado en La Ley del 9/3/2016, AR/JUR/76068/2015.

del artículo 127 vigente a época de los hechos (es decir antes de la reforma de la ley 26.842³²), en perjuicio de la menor M.A.S³³. Lo interesante del caso es que la acusación fue mutada por la fiscalía desde el delito de trata de personas menores de edad -mediante captación y acogida- agravada por el uso de violencia, amenazas, aprovechamiento de la situación de vulnerabilidad con fines de explotación sexual y por ser persona conviviente. El cambio de calificación fue propuesto por la acusación por no entender probadas la captación y la acogida. M.A.S era menor de edad (17 años), se habría iniciado en la prostitución a los 15, y se probó la explotación sexual y convivencia sucesiva con ambos imputados. Es decir, más allá del cambio de calificación, no se cuestionaron los requisitos para considerar a los imputados como convivientes, y ninguno estuvo en pareja más que algunos meses, a una edad en la que la víctima no podía iniciar ninguna "unión convivencial" en los términos de los artículos 509 y 510 CCCN.

De los dos casos anteriores se desprende otra cuestión de interés, los autores no cometieron los hechos con posterioridad a que la víctima fuera su "conviviente" sino que en el primero la convivencia se inició para el ejercicio de la prostitución y su explotación, en el otro, la explotación del ejercicio de la prostitución preexistente coincide con el inicio de la relación.

Otro signo de que nuestros jueces no están pensando en relaciones convivenciales monogámicas parecidas al matrimonio civil es la confirmación de la condena a O.M.G. como autor penalmente responsable de los delitos de promoción y facilitación de la prostitución de personas menores de edad doblemente agravado por mediar amenazas sobre la persona de la víctima y por tratarse de una persona conviviente (art. 125 bis 1 y 3er. párrafo del CP texto según ley 25.087) y por promoción y facilitación de la prostitución de personas mayores de edad (art. 126 del CP texto según ley 25.087), dictada también por el Tribunal Oral Federal 1 de Córdoba. Se tuvo por probado que el imputado "convivía con las mujeres que conquistaba y seducía, las hacía tener hijos...las llevaba a vivir a su casa...cuando una estaba (trabajando) (la que) estaba en la casa...a su vez se encargaba de cuidar hijos propios y ajenos pero todos de (él); y cuando se juntaban varias

³² Que recordemos que fue la que introdujo la agravante por convivencia en los artículos 126 y 127.

³³ LLC 2015 (julio), 695, AR/JUR?11516/2015

en su casa, las mandaba a la casa de atrás donde vivía su hermana...que las recibía". Los casos juzgados, tres, una de ellas desde los 14 años, pero el propio imputado dijo que había tenido hasta diecisiete. No hay aquí, además de unión convivencial validamente consentida para el CCCN, ninguna idea de "singularidad"³⁴, estas mujeres ni siquiera ignoraban que el imputado tuviera otras.

VIII. La opinión y la propuesta:

En fin, entiendo que la introducción en el artículo 78 de la definición del conviviente es errónea y problemática, y si lo que se quiere es mantener la protección privilegiada en los casos en que actualmente la tiene, habría que eliminarla.

Más arduo resultaría mejorar la redacción de todos los tipos penales buscando una fórmula como la del Proyecto 2013 que en algunos casos prefiere hablar de "convivencia estable" o de "relación familiar o afectiva" entre víctima y victimario.

Es el momento útil y oportuno para aclarar en el delito de trata de personas si la voz "convivencia" está limitada a la relación de pareja, o se refiere, como creo que es la interpretación adecuada, a otros convivientes que pueden no ser los parientes de la lista, o no serlo en el grado previsto, o la pareja del progenitor o de otra persona que tenga autoridad o prevalencia sobre la víctima. Insisto, me parece feliz la expresión "relación familiar o afectiva".

³⁴ CNCP SI, (Borinsky, Figueroa, Hornos), "OMG s/infracción ley 26.436", del 25/10/2016, La Ley on line, AR/JUR/70691/2016. Las diferencias en los textos legales citados responden obviamente a la fecha de comisión de los hechos. El caso es de lectura interesante porque además de considerarse la sentencia como derivación lógicamente motivada de los hechos probados, se la considera adecuada al derecho convencional protectorio de los derechos de mujeres y niños, en un extenso voto de la Dra. Figueroa, al que sus colegas adhieren, invocando la Convención de los Derechos del Niño, la CEDAW, el Protocolo de Palermo, y la Convención de Belem Do Pará.