

Reforma a los delitos contra la propiedad (ley 24.721): discurso de emergencia, retroceso de la legalidad penal y criminalización de la pobreza*

por **Daniel Eduardo Rafecas**

I.- Introducción.

En las últimas décadas, nuevos conceptos provenientes de la sociología del castigo y de la criminología crítica han enriquecido el debate en torno a conceptos centrales de la ciencia del derecho penal.

Así, con el avance de nuestro campo de conocimientos, especialmente a través del esfuerzo por acortar la distancia que tradicionalmente ha separado lo teórico de lo empírico, conceptos tales como *criminalización primaria y secundaria*, *selectividad* o *vulnerabilidad* resultan hoy ineludibles para cimentar cualquier esfuerzo teórico que quiera postularse como un aporte racional al derecho penal¹.

Es a la luz de tales categorías conceptuales que se enriquece el análisis de una reforma legislativa en el ámbito penal, frente a la asepsia e indiferencia con que la dogmática tradicional las ha tratado, fiel a la concepción neokantiana de separación tajante entre los planos del *ser* y del *deber ser*, y de total desvinculación del Derecho respecto del primero, que ha llevado a los juristas actuales a encontrarse, absortos y paralizados, en medio de una anegación permanente e incesante de leyes penales, y a una ya obscena manipulación de un instrumento tan delicado en su estructura y cometidos, con fines meramente comunicacionales y proselitistas.

En efecto, a partir de la certeza de la selectividad con la que opera todo sistema penal, sumado a fenómenos tales como la *inflación penal* y la

* Un extracto de esta monografía fue presentado en el Seminario Docente “La emergencia penal. Las reformas procesales y penales de la última década”, cátedra del Dr. Edmundo Hendler, Facultad de Derecho, UBA, el 29 de mayo de 2002, y como ponencia en el 2° Congreso de la Asociación de Profesores de Derecho Penal, Universidad Nacional de Córdoba, septiembre de 2002.

administrativización del derecho penal, ponen en evidencia el fracaso de aquellas concepciones “puras”, o en todo caso, permiten correr el velo a una construcción filosófico-jurídica que ha convertido al derecho penal en un instrumento funcional a los requerimientos de otros subsistemas u “órganos” considerados superiores -dado que son los que permiten su permanente reproducción y supervivencia-, en la jerarquía de cualquier sistema estatal.

La aceleración de este proceso en las últimas décadas, que inaugura una etapa de sinceramiento del funcionamiento real del sistema penal y de la relación entre agencias políticas y jurídicas, ha llevado a una suerte de *puesta en ridículo* de la imagen tradicional del jurista penal, que basa su construcción discursiva sobre una materia prima cada vez más inestable, y así cada vez que concluye su tarea, resulta que el objeto de estudio ha cambiado su composición -en homenaje a algún estandarte de la emergencia penal-, o bien se ha desvanecido entre sus manos, porque la ley penal pasó a ser incómoda para los intereses económicos o políticos dominantes²; sólo queda en pie de aquel esfuerzo, el gesto ampuloso de una retórica ya carente de sentido, que el *personaje trágico* que encarna aquel jurista se ve obligado a realizar una y otra vez.

La reforma a los delitos contra la propiedad introducida en 1996 constituye un ejemplo cabal de esta banalización de la cuestión penal, dado que, conforme veremos, la intención originaria que impulsaba dicha modificación -beneficiosa para el Estado de derecho-, terminó siendo desbordada por la dinámica deletérea de los circuitos de poder que dominan los mecanismos formales de criminalización primaria, que convirtieron aquellas buenas intenciones en un perverso producto normativo, amplificador del espectro del ejercicio de poder punitivo, precisamente en tipos penales de permanente selección por parte del sistema (estadísticas oficiales indican que tres cuartas partes de nuestro universo penal formal lo constituyen delitos

¹ Referencia obligada entre nosotros en tal sentido ha sido la aparición del *Tratado de Derecho Penal* de Eugenio R. Zaffaroni, Alejandro Alagia y Alejandro Slokar, Ed. Ediar, Bs. As., 2000.

contra la propiedad³), y que apuntan a los sectores más vulnerables de nuestra sociedad.

Es que la propuesta originaria, auspiciada por la doctrina y la jurisprudencia, postulaba la derogación de un tipo penal contenido en el decreto-ley 6582/58 (de “protección penal de los automotores”), por el cual se conminaba a quien sustrajera un automotor mediante el empleo de armas, a un mínimo penal (nueve años de prisión) superior al homicidio simple, escala penal que aparecía como aberrante frente a la contemplación sistemática de los bienes jurídicos en juego⁴, y que motivó que la propia Suprema Corte de Justicia de la Nación declarara su inconstitucionalidad en 1989⁵.

Luego de un comienzo auspicioso⁶, a poco de andar el proyecto de reforma cambió su curso y apuntó a la derogación completa del decreto-ley 6582/58 (que de modo general agravaba las penas de los hurtos y robos cuando se tratase de vehículos automotores), y a su reemplazo por una reforma penal que había estado vigente durante las dos últimas dictaduras, con penas en general más elevadas y tipos penales más abarcadores, que no encajan en la

² Como ha ocurrido recientemente con la derogación de ciertos tipos penales *sensibles* a tales intereses, contenidos en la ley 20.840 de subversión económica.

³ Ver en tal sentido, *Informe Anual*, años 2000, 2001 y 2002, Oficina de Estadísticas del Ministerio Público Fiscal, Bs. As. (las dos últimas ediciones sólo disponibles en CD rom).

⁴ Ineludible al respecto el voto del Dr. Zaffaroni *in re*: “Gerula, Ramón A.”, C.C.C., Sala VI^a, 24/4/86, J.A. 1986-IV-552.

⁵ *Fallos* 312:809 y 826. Aunque luego morigeró su postura –con la nueva integración– a partir del conocido fallo “Pupelis” de 1991 (*Fallos* 314:424). Ver al respecto Bidart Campos, Germán: *Nueva Jurisprudencia de la Corte en orden a la inconstitucionalidad de una pena*, en *ED* t.143-p.295.

⁶ Me refiero especialmente al proyecto de ley presentado por el Senador por Córdoba Jorge J. Cendoya (ver *Antecedentes Parlamentarios*, t. 1999-A, Ed. La Ley, Bs. As., pp. 461-465). Entre otros puntos salientes, el legislador señala que la norma contenida el art. 38 del decreto ley 6582/58 “...es hija del desmedido afán de tutelar un objeto determinado (automotor), con predilección a muchos otros de igual o mayor valor, al punto de relativizar hasta el bien jurídico vida”. Hace referencia al “permanente vapuleo reformista” que sufrió el tema, que permitió “...un permanente resurgir como el ‘ave fénix’, de esas disposiciones penales del decreto ley en cuestión”. Concluye que “...las estadísticas de sustracción de automotores no han disminuido un ápice por la existencia de las citadas amenazas penales agravadas. Todo lo contrario, han aumentado ostensiblemente. Esto sería de por sí una razón suficiente para que se perciba de una vez por todas que la gravedad de la amenaza penal, empíricamente, no produce ningún escorzo en el destinatario de la misma para disuadirlo de perpetrar el delito, con lo cual se pone en crisis la función de prevención especial de la pena, ni disuade la delincuencia en general (prevención general). Y esto no solo atañe a las penas de los automotores, sino que pone en crisis todo el sistema penal, obligando a los pueblos a escoger otros sistemas alternativos de solución de la delincuencia [...] Por ello propiciamos la lisa y llana derogación de la norma en examen, en su totalidad, con el afán de desterrar para siempre las normas penales nacidas del oportunismo y de la vieja concepción taliónica, en aras de un sistema más racional y respetuoso de los derechos humanos, sin olvidar que nos hallamos a las puertas del siglo XXI”.

actual sistemática y que terminó redundando una vez más, en un balance negativo para las libertades ciudadanas en nuestro Estado de derecho⁷.

II.- La ley 24.721.

Pasemos ahora a analizar el panorama existente hoy en día en la legislación penal argentina, a raíz de los cambios introducidos a través de esta ley N° 24.721 –vigente desde el 18/11/96-, en lo que hace:

- ◆ A la descripción de la conducta prevista en el tipo penal de hurto agravado del **art. 163 inc. 6° del Código Penal** (y su correlato en el de robo agravado del **art. 167 inc. 4°** del mismo cuerpo legal), en materia de *vehículos* y no ya de *automotores*, entre otros cambios; y
- ◆ Al hurto agravado por el medio empleado (llave falsa, ganzúa, etc.) del **art. 163 inc. 3° del Código Penal** (y su correlato en el de robo agravado del mismo **art. 167 inc. 4°**), tras la supresión de la referencia al *lugar* al que se debía penetrar.

Tales modificaciones han transitado estos primeros años de existencia, sin llamar mayormente la atención de la doctrina especializada, quizás debido a que, como ya adelantáramos, no es nueva la modificación del inciso 3° y la reaparición del inciso 6°, ambos del art. 163, C.P., así como tampoco la derogación de los arts. 33 a 39 del decreto-ley 6582/58, ya que en su momento fueron parte de la propuesta del Proyecto de Reformas al Código Penal de 1960, que se vio plasmada siete años más tarde con la sanción de la

⁷ No habrían sido ajenos a este viraje, *empresarios morales* que desde varios medios masivos de comunicación agitaron consignas efectistas en contra de la derogación del agravante. La permeabilidad de la instancia legislativa a la presión mediática quedó de manifiesto en los debates parlamentarios, al haber hecho alusión a ello el miembro informante en el Senado, quien atribuyó complicaciones en el tratamiento del proyecto "...a las opiniones ligeras, superficiales e indoctas de ciertos comunicadores –yo recuerdo a dos, que tienen características comunes en cuantos a que ambos presumen de ser amigos del presidente de la nación y nunca han tenido el menor roce con las disciplinas jurídicas, salvo cuando son querellados- que han dicho que el propósito de los legisladores que estamos apoyando esta iniciativa legislativa no ha sido otro que el de favorecer a los ladrones de autos, ya que estaríamos disminuyendo las penas. Ha habido un periódico que el 14 de noviembre de 1994, cuando esta iniciativa estaba en el

ley N° 17.567, aunque con una vigencia más bien breve, dada su derogación en 1973 mediante la ley N° 20.509.

Posteriormente, otra ley *de facto*, la N° 21.338 (1976), volvió nuevamente a la idea del Proyecto de 1960 y por ende resucitó el texto de la ley 17.567, pero sólo hasta la sanción de la ley N° 23.077 (1984), que volvió a poner las cosas tal como las había diseñado el legislador del '58.

En resumen, las dos modificaciones al art. 163 del Código Penal mencionadas -con su influjo directo en el art. 167-, ya estuvieron vigentes en el ordenamiento normativo argentino durante los dos últimos períodos interruptivos del orden constitucional, de 1967 a 1973, y de 1976 a 1983.

Sin embargo, con la sanción de la ley N° 24.721, se ha pasado por alto que este nuevo giro legislativo *no se ha asentado sobre la misma plataforma normativa que en las anteriores ocasiones.*

En efecto, en este trabajo advertiremos que en las actuales condiciones, a partir de un análisis sistemático del Libro Segundo, Título Sexto del Código Penal -*Delitos contra la Propiedad*-, al introducirse (por tercera vez) esta modificación en forma aislada sin atender a que las escalas penales de los tipos básicos del hurto (art. 162, C.P.) y del robo (art. 164, C.P.) son ahora sensiblemente inferiores a las vigentes en los dos períodos anteriores en los que la reforma tuvo vida, hoy *nos encontramos nuevamente con una legislación que, en forma desproporcionada, dispensa mayor protección penal al robo con violencia en las cosas (esta vez, vehículos) que sobre las personas*, por un lado, y que, procurando atenuar las desigualdades en la consideración de objetos especiales de tutela, terminó empeorando la cuestión frente a supuestos casi idénticos que son ahora amparados en forma contraria al grado de afectación del bien jurídico. A su vez, se amplió en forma desmesurada los supuestos de hecho alcanzados por tipos penales cualificados que deben ser considerados

Senado, dijo textualmente en un título bien destacado: 'No todas son malas en el país: Estimulo al chorreo'...' (ver *Antecedentes...*, cit., p 469).

claves desde el punto de vista político-criminal, dada su constante selección por el sistema penal actual.

Asimismo, con referencia a la introducción del *vehículo* como objeto del agravante, y a la selección de términos como *vía pública* o *lugar de acceso público* para definir los límites de su aplicación, o la supresión del *lugar* al que debía penetrarse mediante las modalidades agravadas, constataremos que el cambio legislativo introducido constituye un retroceso en punto a la nota de estricta legalidad o taxatividad que debe regir a los tipos penales, principio según el cual éstos deben estar previstos expresamente por la ley mediante fórmulas precisas y unívocas, y no por medio de tipos delictivos de contenido indeterminado y elástico, para cuya determinación es necesaria la referencia a elementos extrajurídicos de naturaleza sustancial a través de juicios discrecionales no sustentados en criterios legales sino íntegramente confiados al poder dispositivo del juez⁸.

III.- Modificaciones al art. 163 inc. 6º, C.P.

1) La situación anterior.

El antiguo régimen previsto en el decreto-ley 6582/58 no especificaba, a los efectos de las agravantes que introducía, ninguna acción en particular o elemento especial de modo, tiempo o lugar en los tipos objetivos, que hiciera pensar que el legislador, en aquella ocasión, tuviese en mente compensar la mayor desprotección de dichos bienes merced a la necesidad de circular o ser dejados en la vía pública, sino que simplemente se limitaba a señalar, al comienzo del art. 38, “*Si se tratara de automotores...*”, para luego determinar las penas que debían imponerse, que eran:

art. 162, de 1 a 3 años de prisión;

art. 163, de 2 a 6 años de prisión;

art. 164, de 3 a 10 años de prisión.

art. 166, de 9 a 20 años de prisión (!).

⁸ Ferrajoli, Luigi: *Derecho y Razón*, trad. a cargo de AA.VV., Ed. Trotta, Madrid, 1996, pp. 375 y sgts.

art. 167, de 6 a 15 años de prisión.

Queda claro entonces que lo que interesaba al legislador de 1958 era el objeto en sí y no una particular situación que justificara un mayor castigo penal en determinadas circunstancias.

En este sentido, además, el art. 5° del decreto-ley 6582/58 establecía taxativamente qué vehículos debían considerarse incluidos (automóviles, camiones, etc.), y autorizaba al Poder Ejecutivo a disponer por vía reglamentaria, la inclusión de otros vehículos automotores al régimen, lo cual efectivamente se intentó en 1988 a través de una resolución de la Secretaría de Justicia de la Nación⁹ por la cual se decidió abarcar a los *moto-vehículos*. Sin embargo, esta ampliación del tipo penal por parte del ejecutivo, señalada como inconstitucional, no tuvo favorable acogida en los tribunales, que mayoritariamente siguieron aplicando en estos casos, las escalas penales de los tipos básicos establecidos en el código de fondo¹⁰. Es por ello, que podemos decir que el agravante genérico del *vehículo automotor* funcionaba con un sistema de *numerus clausus* bastante estrecho, que ceñía claramente sus confines.

2) Del automotor al vehículo.

La nueva ley, en su artículo 1°, apartado 1, (nuevamente) establece:

“Incorpórase como inciso 6° del artículo 163, el siguiente:
Cuando el hurto fuere de vehículos dejados en la vía pública o en lugares de acceso público.”

El primer cambio sustancial consiste entonces en la sustitución de un vocablo que remitía a un género de vehículos -y que además estaba limitada a los descriptos en el art. 5° del decreto-ley-, por otro término

⁹ N° 586/88, del 21/10/88, B.O. del 27/10/88.

¹⁰ Declararon su inconstitucionalidad: C.N.Crim., Sala Iª, c. 37.357, "Ramírez, Alberto H.", rta.: 18/9/90; Sala IIIª, c. 29.688, "Almeida, Diego", rta.: 29/11/91; Sala IVª, c. 40.018, "Balvuela y otro", rta.: 19/9/91; Sala VIª, c. 21669, "Rodríguez, L. P.", rta.: 5/9/91 y Sala VIIª, c. 15.005, "Leone, Eduardo C.", rta.: 30/4/91.

que no sólo abarca a ese género, sino a la especie entera: en efecto, al reemplazar la voz *automotor* por la de *vehículo*, y tal como lo estableció en su momento cierta jurisprudencia anterior a la entrada en vigor de la leyes Nros. 20.509 y 23.077, queda abierta la posibilidad de abarcar no sólo todos los automotores indiscriminadamente, esto es, aquellos vehículos de tracción mecánica, llámense automóviles, motocicletas o ciclomotores, entre otros, sino también cualquier otro medio de transporte de personas o cosas¹¹, cuando ellos sean dejados en la vía pública o en lugares de acceso público, como las bicicletas¹², los *trailers*¹³, o las casas rodantes¹⁴.

Como siempre ocurre en estos casos en los que el legislador moderno se expresa más bien en forma poco clara, cargando el peso de la decisión en los otros poderes -lejos del ideal de *lex certa* que debería asegurar todo Estado de Derecho en materia penal-, será la Jurisprudencia la que deberá dilucidar los límites de alcance del tipo penal agravado (procurando establecer el significado de la palabra *vehículo*), respetando el principio de legalidad, que le obliga a no aplicar el derecho penal en forma analógica en perjuicio del imputado (*lex stricta*).

Veamos el análisis que efectuó Herbert L. A. Hart sobre una disposición que prohibía introducir un *vehículo* en un parque público: “Esta prohibición rige claramente para un automóvil, pero ¿qué decir de las bicicletas, patines, automóviles de juguete? ¿Qué decir de los aviones? ¿Deben o no ser considerados ‘vehículos’ a los fines de la regla? En tales casos, quien clasifica tiene que adoptar una decisión que no le es impuesta, porque los hechos y los fenómenos a los que conformamos nuestras palabras y a los que aplicamos nuestras reglas son, como quien dice, mudos”¹⁵. Sobre este ejemplo, acota Ferrajoli: “Por ejemplo, si la norma ejemplificada por Hart dijera: ‘está

11 Diccionario de la Real Academia Española, Madrid, 1992.

12 Cfr. C.C.C. La Plata, J.A. 1971-457; C.C.C. Sala IIIª, c. 17.557, “Amarilla González, J.”, del 31/7/84. En doctrina, Laje Anaya, Justo: *Comentarios al Derecho Penal-Parte Especial*, T. II, p. 45; Fontán Balestra, Carlos: *Tratado de Derecho Penal*, T. V, Abeledo Perrot, 1975, p. 481.

13 C.C.C., L.L. 144-573.

14 C.C.C. Sala Vª, c. 15.981, “Uviz, Lionel”, del 18/8/83.

15 *Derecho y Moral*, Ed. Depalma, Bs. As., 1962, pp. 25/6.

prohibido el acceso de vehículos de motor’, en vez de genéricamente de vehículos, las posibilidades de equívoco serían bastante menores y el juez [...] tendría espacios de maniobra más estrechos. Es claro que los márgenes de elección son insuprimibles [...] La amplitud de estos márgenes, es decir, de la zona de ‘penumbra’ de la que habla Hart, puede ser sin embargo mayor o menor; y la imposibilidad de suprimirlos del todo no es una buena razón para no tratar de reducirlos o, peor, para ampliarlos”¹⁶. Todo esto, con más razón aquí, en donde a diferencia del ejemplo de Hart, se trata del diseño de tipos penales.

En este sentido, resulta clarificador de la intención del legislador, la exposición del Miembro Informante de la Comisión de Asuntos Penales de la Cámara Alta, Senador Pedro G. Villarroel, quien al debatir el proyecto de ley, el 22 de mayo de 1996, señaló que “...en primer lugar, con este proyecto se amplía la protección penal, no circunscribiéndola exclusivamente a los vehículos de cuatro ruedas o más. Vale decir que se amplía a toda clase de vehículos [...] tanto vale o puede valer la propiedad de un automóvil como la de una bicicleta, sobre todo cuando la bicicleta es el único medio de transporte que tiene, por ejemplo, un obrero que debe trasladarse a su lugar de trabajo...”¹⁷.

Como vemos, el Senador Villarroel, en su disertación en el recinto del Senado, no hallaba razones que justificasen asignarle más valor a un automóvil que a una bicicleta, poniendo énfasis en el hecho de que esta última muchas veces es el único medio de transporte de las clases socioeconómicas más bajas.

Ello es indudablemente cierto, y justificaba la prometida derogación del agravante en cuestión para poner fin a dicha desigualdad, pero no hacer lo opuesto, esto es, *equiparar hacia arriba*, postulando el aumento de las penas para otros vehículos que hasta ese momento no estaban alcanzados por el agravante.

¹⁶ *Op. cit.*, p. 181.

Es que esta decisión significa llevar la escala penal originaria, de un mes a dos años, a la de uno a seis años de prisión para los casos de hurto, y la de un mes a seis años, a la de tres a diez años de prisión para los casos de robo, para colmo mediante la convocatoria de un texto legal que, tras un sinuoso derrotero, había dejado de existir con la última restauración de la democracia.

Por eso, cabría responderle al legislador con un interrogante: ¿quién roba una bicicleta?: otro pobre. O peor: un indigente. Se trata de personas que provienen de la misma clase social que el legislador pretende defender, que es al mismo tiempo, la que está expuesta a ser captada por el andamiaje de nuestro sistema penal. Se trata de un nuevo ejemplo de criminalización de la pobreza, con el triste aditamento de que la propia condición de pobre fue agitada para legitimar su instrumentación.

De todo ello cabe concluir entonces, que lo que se dio a conocer como la derogación de un decreto-ley más represivo, en general recibido con beneplácito por la doctrina¹⁸, en realidad encubrió un reemplazo por otras normas penales que, al menos en la intención del legislador, terminan ampliando aun más el alcance de figuras agravadas del hurto y del robo. Y es casi seguro que esta *intención del legislador*, plasmada de modo cristalino en los debates parlamentarios, sea asumida por la mayoría de los tribunales penales¹⁹, pese al loable esfuerzo de Morin²⁰ por aferrarse a una interpretación restrictiva.

3) “...Dejados en la vía pública...”

¹⁷ Vid. *Antecedentes...*, cit., p. 471.

¹⁸ Así por ej., Almeyra, Miguel Angel: *Punto final a un inexplicable caso de disfuncionalidad penal. El robo con armas de automotores*, en *Antecedentes Parlamentarios*, 1999-A, Ed. *La Ley*, Bs. As., pp. 489-493.

¹⁹ Ha denotado a la bicicleta entre los *vehículos* del art. 163 inc. 6º, C.P., por ej., la Cámara Nacional de Casación Penal, Sala III *in re*: “Vilchez, Carlos A. s/rec. de casación”, *L.L.* 2001-E-778. Con cita de Molinario, el voto del Dr. Tragant emplea un discurso similar al del senador Villarroel: “El objeto pasó a ser un ‘vehículo’ y no sólo un automotor. Lo que significa que hurtar una bicicleta a un obrero que va en ella a trabajar debe tener la misma escala que hurtarle una motoneta, una motocicleta o un viejo automóvil. Y debe tener la misma escala porque el objeto desempeña el mismo papel. Cada uno se mueve en lo que puede, y si puede más, en lo que quiere. Y todo merece el mismo respeto”.

Del Diario de Sesiones de la Cámara de Origen, extraemos otro párrafo de la exposición del Senador Villarroel, en donde hace referencia a que, con la modificación propuesta, se “...acoge el principio de política criminal según el cual a mayor desprotección forzosa por el dueño de la cosa mueble, se incrementa la amenaza penal. ¿Porqué?, porque se incorpora como una de las formas de hurto calificado la del vehículo *que se encuentra en la vía pública*, que es la situación normal *cuando se lo está usando*”.

El propósito del Representante de la Comisión encargada de la redacción del proyecto, desembocó en la utilización de la frase *dejados en la vía pública*, que descarta la introducción del agravante allí cuando el vehículo esté circulando o bien en todos aquellos casos en que su dueño, tenedor o guardián no haya *dejado* el vehículo.

Nuevamente en este punto deberá apelarse a que los jueces respeten la prohibición de analogía *in malam partem*, como acontecería en el caso de aplicar el agravante en supuestos de hecho en los que no se den las circunstancias externas fácticas que caracterizan la situación en la que ha de realizarse la acción punible, esto es, cuando el vehículo no se encuentre en el particular estado de desprotección que surge de conjugar los requisitos recién indicados, lo cual además, fue en general respetado por los tribunales en sendos lapsos en los que dicha disposición estuvo vigente²¹.

Veamos entonces las conclusiones, a través de los siguientes ejemplos:

- Quien robe un vehículo automotor retirando por la fuerza al conductor mientras circula por la vía pública, será castigado con la pena del robo simple (art. 164, C.P.), de un mes a seis años de prisión.

²⁰ Morin, Daniel: *¿La bicicleta como vehículo? Reflexiones sobre el tipo de sustracción de vehículos del inciso 6° del artículo 163 del Código Penal*, publ. en *L.L.*, 2001-E-779/789.

²¹ C.N. Crim. Sala IIª, c. 28.482, “Benitez, Hugo”, rta.: 15/05/84, *Boletín de Jurisprudencia*, Año 1984, Nro.2, pág. 233., o C.C.C., en *L.L.* 132-205: “el supuesto [...] se refiere a los vehículos que se dejan solos sin custodia, en la vía pública”.

- Quien con violencia en las personas, se apodere de un vehículo automotor, mientras su conductor lo está estacionando en la vía pública, correría la misma suerte: robo simple.
- Pero si el conductor se baja del rodado, y se aleja lo necesario como para considerarlo *dejado en la vía pública*, y en ese momento, entra en acción el sujeto activo de la sustracción, que logra apoderarse del mismo mediante fuerza en las cosas, pese a que el suceso evidenciaría un menor contenido de injusto (ya que causa mayor alarma social ejercer violencia sobre las personas que sobre las cosas, aunque éstas estén desprotegidas), tal conducta sí quedaría subsumida en el agravante comentado: 167 inc. 4° en función del 163 inc. 6°, C.P., de tres a diez años de prisión.

Durante la vigencia anterior de este agravante, de 1967 a 1973 y de 1976 a 1983, el art. 164 del C.P. contenía dos incisos, siendo el segundo el que preveía que *cuando el hecho fuere cometido con intimidación o violencia en las personas*, se le impondría al agente una pena de *dos a ocho años de prisión*: es por ello que, de una interpretación sistemática del Código Penal, surgía cierta correlación entre las penas previstas para este agravante y para el hurto o robo de un vehículo dejado en la vía pública.

En cambio, con la presente reforma, al no haberse modificado correlativamente el art. 164, C.P. (lo cual de ningún modo es deseable para este autor), nos encontramos nuevamente con una severa desproporción, esta vez entre la protección penal dispensada al desapoderamiento de vehículos *dejados en la vía pública*, y a los efectuados *mediante violencia en las personas*, tal como quedó evidenciado en los tres ejemplos recién mencionados.

4) “...o en lugares de acceso público”.

Toca ahora analizar, este otro supuesto que puede llevar a mudar la calificación legal de los tipos básicos de los arts. 162 y 164, C.P., a los agravados del 163 inc. 6º y 167 inc. 4º, C.P.

Siguiendo a Soler²² y a Fontán Balestra²³, deberían considerarse tales, además de las plazas u otros lugares abiertos, los utilizados habitualmente para aparcar, comúnmente denominados playas de estacionamiento, que el último autor citado se encarga de distinguir de los garajes de alquiler o privados, galpones u otros lugares cerrados.

En tal sentido, antiguos fallos jurisprudenciales y la doctrina de aquel entonces consideraron que los *garajes privados* no debían considerarse *lugar de acceso público*, ya que por regla tienen vedado el ingreso a las personas en general y cuentan con vigilancia a cargo del responsable del local, lo cual los aleja de la finalidad de la agravante, "...que nace por la necesidad de mostrar con mayor energía la defensa pública, precisamente cuando la defensa privada se hace menos potente..."²⁴.

Ya desde aquel entonces se advertía sobre las diferencias de trato que dispensaba la ley entre quien violente las defensas predispuestas de un garaje (que evidencia mayor capacidad delictiva), frente a quien aprovecha la ocasión sustrayéndolo de la vía pública o lugar de acceso público.

En cuanto a las cocheras privadas o recintos semejantes que forman parte de los domicilios particulares, no cabe duda de que no pueden ser considerados lugares de acceso público²⁵.

IV.- Modificaciones al art. 163 inc. 3º, C.P.

1) La situación anterior.

El art. 163 inc. 3º del Código Penal, agravaba el hurto e imponía una pena de uno a seis años de prisión, cuando:

²² *Tratado de Derecho Penal*, T. IV, Bibliográfica Córdoba, pp. 254/5.

²³ *Op. cit.*, p. 520.

²⁴ Cfr. *Exposición de Motivos de la ley 17.567*, comentario al art. 163 inc. 6º. Ver también, Fontán Balestra, Carlos y Millán, Alberto: *Las Reformas al Código Penal*, Abeledo Perrot, Bs. As.1964, p. 20.

²⁵ C.C. La Plata, 3/6/69, J.A., res. 1969-624, N° 44.

“se hiciere uso de ganzúa, llave falsa u otro instrumento semejante, para penetrar al lugar donde se halla la cosa objeto de la sustracción o de la llave verdadera que hubiere sido sustraída o hallada”.

En virtud de dicha especial exigencia que reclamaba el tipo objetivo, resaltada en el párrafo anterior, la acción que contemplaba el agravante sólo podía darse respecto de un *recinto* al que se pudiese penetrar, que no puede ser una cosa, objeto o mueble no habitable, sino en general bienes inmuebles. Así, quedaron excluidos otros contenedores de cosas y/o personas, como podrían ser los automóviles, interpretación adoptada tanto por la doctrina²⁶, como por la jurisprudencia²⁷ mayoritarias.

2) La situación actual.

La nueva redacción del inciso que estamos comentando dispone que se agravará el hurto (y el robo, por la remisión prevista en el art. 167 inc. 4º, C.P.)

“cuando se hiciere uso de ganzúa, llave falsa u otro instrumento semejante o de llave verdadera que hubiese sido sustraída, hallada o retenida”.

26 Tozzini, Carlos: *Los Delitos de Hurto y Robo*, Depalma, p. 346, exige que se trate de “un recinto cerrado por todos lados, cuya entrada (puerta, ventana, bandolera, etc.) tiene una cerradura con llave echada”; Núñez, Ricardo: *Tratado de Derecho Penal*, T. V, Lerner, 1989, p. 203. Más específicamente, el mismo autor, nota a fallo en *Seminario Jurídico*, Córdoba, 11/4/85, y las citas de Ramos, Gómez, Soler, y Molinario que hace Fontán Balestra -op. cit., p. 521-. En contra Creus, Carlos: *Derecho Penal - Parte Especial*, t. 1, Depalma, Bs. As., 1983, p. 432.

27 Entre otros, C.C.C. Sala VIIª, “Piperno, Mauricio”, del 28/9/90, c. 13.752 y “Gómez, Julia”, del 22/2/95, c. 20.397 (*JPBA* t.93, p.52); Sala Iª, “López Piñeyro, Jorge E.”, c. 38.402, del 21/5/91, y “Cuenca, Pedro” del 21/3/94 (*JPBA*, t.89 p.43); Sala Vª, “Servin Ayala, Alberto”, c. 32.996, del 8/3/95 (*Boletín de Jurisprudencia* N° 1/95, pág. 53); C.C. 9ª Córdoba, “Heredia, Carlos A.”, del 5/6/86, *J.A.* N° 5492 del 3/XII/86. En contra: Sala VIª, c. 26.521 “Frazzoni García, C.”, del 2/2/95 (*JPBA*, t.93, p.19).

Como se ve, se volvió también aquí al Proyecto de 1960, incorporado transitoriamente al derecho positivo mediante las leyes Nros. 17.567 y 21.338.

Así, nuevamente se eliminó el párrafo que exigía la finalidad de penetrar en un lugar (espacio habitable, asentamiento espacial), con lo cual el cambio adquiere una trascendencia superlativa por su amplitud, toda vez que una conducta podría quedar subsumida en los tipos agravados descriptos, al utilizarse los medios citados (ganzúa, llave falsa o igual, etc.) para *abrir* (no ya para *penetrar*) cualquier clase de contenedor de cosas y/o personas, como pueden ser un armario, un cajón de escritorio, el habitáculo de un automóvil (sea para sustraer algún efecto de su interior, o para sustraer el propio rodado), el baúl, un maletín con cerradura, un buzón de correos, una vitrina, etc.

Así, las críticas formuladas en el apartado anterior acerca de la falta de claridad de la ley en cuanto a los límites del alcance de los supuestos de hecho agravados cobran singular relevancia también en este punto: se trata de otra modificación que los amplía sensiblemente.

Por otra parte, se trata de un cambio que no respeta la sistemática que en estos delitos, seguía el Código Penal, habida cuenta de las razones señaladas *supra* acerca de la diferente redacción de los tipos básicos vigentes en tiempos pasados en los que estas modificaciones tuvieron vida.

Esta cualidad negativa de la reforma que comentamos, se pone en evidencia también, al contrastar los supuestos que encuadran en el agravante del *art. 167 inc. 6° por remisión al art. 163 inciso 3°* -en donde *no* hay exigencias de lugar-, con los del *art. 167 inc. 3°* -en donde *sí* las hay-.

Permítasenos presentar estos ejemplos:

- El autor penetra en un garaje privado aprovechando una distracción del guardador, y se apodera de un automóvil cuyo dueño lo dejó con las puertas sin trabar y con la llave colocada: hurto simple²⁸;
- Un segundo sujeto, en las mismas condiciones, rompe el vidrio de otro automotor, abre la puerta, efectúa un puente eléctrico y logra ponerlo en marcha, apoderándose: robo simple;
- Un tercero, violenta la cerradura del baúl de otro rodado, allí estacionado, con una ganzúa, y se apodera de unas herramientas: robo agravado! (art. 167 inc. 4º en función del art. 163 inc. 3º).

Llegado a este punto del análisis de la reforma, advertimos qué lejos terminamos de aquella sencilla y bienintencionada propuesta originaria, por la cual se pretendía adecuar la Ley a lo requerido por la Corte Suprema en “Pupelis”.

V) Conclusiones

Nos preguntamos si no hubiese sido más prudente derogar los arts. 33 a 39 del decreto-ley 6582/58, sin efectuar las modificaciones al art. 163 (e indirectamente, al art. 167) del Código Penal.

De este modo:

a) No se hubiere producido en nuestro ordenamiento jurídicopenal un distanciamiento aún mayor del ideal de *lex certa* que debe regirlo, con la inclusión de términos ambiguos como *vehículos, vía pública o lugar de acceso público* determinantes del traslado de la subsunción de una conducta punible desde un tipo básico a un agravado, o la directa eliminación de parámetros como la exigencia de lugar o la finalidad de penetrar al mismo, que torna de imposible pronóstico la demarcación del límite entre uno y otro.

²⁸ El apoderamiento simultáneo del vehículo y de la llave colocada en el tambor de arranque no encaja en el hurto mediante el empleo de llave hallada, dado que aquí se hace referencia evidentemente a aquella que sirve para *abrir* el contenedor.

b) Se hubiesen conjurado las críticas dirigidas a la desigual protección entre automotores y otros objetos similares, como los vehículos no motorizados, o bienes muebles suntuosos o de valor histórico, cultural, etc.

c) No se trataría en forma diferente el supuesto del robo de un vehículo cuyo dueño o guardián se encuentra apartado, de cuando éste se halla a bordo y se ejerce violencia sobre las personas. En otras palabras, la violencia efectuada en los términos del art. 164., C.P., tanto sobre personas como sobre cosas (aunque estén desamparadas), tendrían idéntica escala penal, lo cual le permitiría al juez, al momento de graduar la sanción a imponer, sopesar con más firmeza el mayor contenido de injusto que, en principio, reviste el primero frente al segundo de dichos supuestos.

d) No se trata de distinto modo el supuesto del hurto o robo del vehículo dejado en la vía pública, que el guardado en un garaje comercial, cochera privada o cualquier otro recinto cerrado a cual el autor acceda sin ejercer violencia: si bien el primero se justificaría por la mayor desprotección forzosa de la cosa, no es menos cierto que en los supuestos considerados en segundo lugar el agente revela una mayor persistencia o audacia en su acción, al penetrar en lugares presuntamente vigilados.

e) El uso de llaves falsas u otros artificios para abrir cualquier tipo de mueble contenedor con fines de desapoderamiento no tendría diferencias de trato con otras modalidades no previstas como agravantes, pero empleadas con el mismo fin (como la rotura de vidrios, forzamiento de aberturas, etc., sólo agravado en caso de algunos inmuebles, o mediante destrucción de candados, cadenas, precintos u otros dispositivos de seguridad), que de todos modos dejan entrever la pertinacia del agente frente a las defensas opuestas y, para peor, por lo general provocan mayores daños sobre la cosa mueble objeto de la acción de desapoderamiento.

Como se ve, los cambios introducidos resintieron el ya de por sí delicado equilibrio entre los tipos analizados, producto de introducir cambios legislativos sin atender a la sistemática en la que se desenvuelven.

Tal circunstancia, entendemos, ha desencadenado mayores desigualdades estructurales, es decir, efectos contraproducentes a los deseados, máxime cuando se tiende a un aumento generalizado de las penas por medio de la ampliación del alcance de los tipos agravados.

En definitiva, la sanción de esta ley constituyó un duro revés a la pretensión de armonía a la que debería aspirarse entre las distintas escalas penales previstas en los delitos contra la propiedad y a la vez, una batalla perdida en el eterno combate para afianzar en nuestro Estado de Derecho la concepción de un derecho penal mínimo, más racional y más humano.

Para terminar, y regresando a las reflexiones señaladas al comienzo, cabe preguntarse cuál hubiera sido el resultado final si el pensamiento científico penal se hubiera hecho valer en las discusiones previas a la sanción de la ley; si se hubiesen desarmado las falacias lógicas, los contrasentidos, los errores materiales puestos aquí en evidencia. No es improbable que muchos de los cambios que lamentamos se hubiesen evitado, y así, reducido el coste en libertades pagado por los sujetos vulnerables que terminan siendo seleccionados en el proceso de criminalización secundaria de nuestro sistema penal.

Frente a esta realidad, y habida cuenta de que la experiencia secular nos ha enseñado claramente que las críticas tras los hechos consumados, por más bien fundadas que estén (recuérdese, v. gr., la literatura en torno al *juicio abreviado*), no sirven como antídoto para neutralizar los efectos reales de tales reformas, ya que éstas terminan por imponerse, solidificarse y convertirse al poco tiempo en *verdades reveladas e indiscutidas* de nuestro imaginario penal simbólico, me parece evidente que el jurista y la ciencia penal en general, deben replantearse el papel de sujetos pasivos que

tradicionalmente mantuvieron frente a estos cambios, activar anticipadamente sus reflejos, e intentar ejercer toda su influencia antes de que las reformas se consumen. Se trata en definitiva, de llevar las *luces* de nuestro saber a los ámbitos de debate necesarios. En este sentido, la Universidad, creo, tiene los recursos materiales e intelectuales dispuestos como para intentarlo.