

PROYECTO DE LEY

Expediente 0458-D-2020

Sumario: CODIGO PENAL- LEY 11179 -. Modificaciones sobre delito de profanación de cadáver.

Firmantes: Moreau, Cecilia; Massetani, Vanesa Laura; Aparicio, Alicia N.; Selva, Carlos Américo; Muñoz, Rosa Rosario; Tundis, Mirta

Fecha: 10/03/2020

El Senado y Cámara de Diputados...

LEY DE MODIFICACIÓN DEL CÓDIGO PENAL

INCORPORACIÓN DEL DELITO DE PROFANACIÓN DE CADÁVER

Artículo 1°. - Incorpórese al TÍTULO II “DELITOS CONTRA EL HONOR” del LIBRO SEGUNDO del CODIGO PENAL el siguiente artículo:

“Artículo 117 ter. - Será reprimido con prisión de uno (1) a cinco (5) años el que, faltando al debido respeto, honor y memoria de los difuntos, sustrajera, profanare, o ultrajare el cadáver de una persona, sus restos o sus cenizas.”

Artículo 2°. – Incorpórese al TÍTULO II “DELITOS CONTRA EL HONOR” del LIBRO SEGUNDO del CODIGO PENAL el siguiente artículo:

“Artículo 117 quater. - La escala penal se elevará de dos (2) a seis (6) años cuando concurriera alguno de los siguientes supuestos:

a) Cuando se actuare con ánimo de lucro o para exigir un pago por la devolución del cadáver de una persona, sus restos o sus cenizas.

b) Cuando el que participare en el hecho sea empleado de cementerios públicos o privados, o de cualquier otra entidad o agencia que preste servicios funerarios, de cremación o de traslado de restos fúnebres o de cenizas, o empleado con acceso autorizado a establecimientos habilitados para la guarda de cadáveres y restos humanos.

c) Cuando se realizaren actos de vilipendio, mutilación, brutalidad o necrofilia.

d) Cuando dichas acciones impidieren la identificación del cadáver, o se realizaren con el propósito de ocultar pruebas”.

Artículo 3°. - Derógase el artículo 171 del Código Penal.

Artículo 4°. - Comuníquese al Poder Ejecutivo.

FUNDAMENTOS

Señor presidente:

El presente Proyecto de Ley tiene el propósito de reafirmar el respeto, el honor y la memoria de toda persona fallecida, tipificando el delito de profanación de un cadáver, buscando subsanar el vacío legal existente en nuestro ordenamiento penal frente a conductas aberrantes y humillantes que merecen una clara sanción penal.

Esta iniciativa se fundamenta en el pedido de las familias de dos niños pequeños fallecidos en el Partido de General Alvarado, Provincia de Buenos Aires, cuyos restos fueron sustraídos y profanados en el cementerio local. Propuesto inicialmente por el Diputado Daniel Arroyo (M.C.) bajo el expediente (3359-D-2018).

Este pedido se encuentra avalado por una campaña masiva de firmas de vecinos del Partido de General Alvarado y de Municipios aledaños. Asimismo, esta solicitud cuenta con la adhesión, por medio de una Resolución, del Honorable Concejo Deliberante del mencionado Municipio.

La sustracción de un cadáver ha merecido históricamente distintas calificaciones en las legislaciones. Se la ha considerado un delito contra la religión o el sentimiento religioso, contra la piedad de los difuntos, contra el orden público o la salud pública, o en algunos casos una contravención contra la salud pública y la seguridad de las personas.

Pese a lo estremecedor que resultan crímenes como los descriptos para la sociedad toda, y lo ofensivo desde un plano afectivo para los familiares y allegados del difunto, el Código Penal argentino sólo contempla esta situación en el Título VI del Libro Segundo referido a los Delitos contra la propiedad como un tipo específico de Extorsión, a través del artículo 171 CP, que reza lo siguiente:

"Sufrirá prisión de dos a seis años, el que sustrajere un cadáver para hacerse pagar su devolución".

El origen de la norma se halla en la reforma introducida al Código Penal en 1886 que, tal como advierte Soler, respondió a razones circunstanciales a partir de un hecho que conmovió a la opinión pública.

Así las cosas, la Reforma de 1886 por Ley 1920, en el afán de evitar la impunidad de hechos de esta magnitud, tipificó la sustracción de cadáver a cambio de una suma de dinero como Delito contra la propiedad en el Capítulo correspondiente a Robos y hurtos, distinguiéndose el supuesto de quien consigue su propósito, que sería pasible de una pena mayor.

Finalmente, el Código de 1921 receptó la sustracción de cadáver como tipo específico de extorsión, tal como lo conocemos actualmente en la norma del artículo 171 CP, prescindiendo del supuesto de hurto.

Coincidimos con la crítica de Soler -a la que se pliega Donna- en el sentido de que, si en lugar de inspirarse en razones circunstanciales, los legisladores hubiesen acudido a las fuentes clásicas del Derecho, habrían advertido que la figura que se trazaba resultaba lamentablemente estrecha e inadecuada, puesto que excluye toda profanación de sepulcro no inspirada en fines de lucro.

Entre los proyectos de reforma posteriores a 1921 podemos mencionar el Proyecto Peco de 1941, que procuraba sancionar con privación de la libertad al que destruyere, suprimiere o sustrajere un cadáver o parte de mismo, o sustrajere o esparciere sus cenizas como delitos contra el sentimiento de respeto a los muertos, así como los proyectos Soler de 1960, y Soler-Cabral-Aguirre Obarrio-Marquardt de 1979, que reprimían este tipo de conductas sin requerir una finalidad específica.

A su vez, la figura del irrespeto o profanación de cadáveres tiene una amplia gama de antecedentes en la legislación comparada y se halla vigente (aunque con distintos alcances) en los códigos de Uruguay, Perú, Ecuador, Venezuela, Colombia, México, España, Italia, Francia, Alemania y Estados Unidos, entre otros.

A contramano de otras legislaciones, al abordar nuestra ley penal la sustracción de cadáver como una forma de extorsión especializada por el medio coactivo, exige un elemento subjetivo (dolo específico): la finalidad de hacerse entregar dinero o cualquier otra prestación de contenido económico por la devolución del cadáver. El vacío normativo reside, entonces, en que la acción realizada sin una finalidad determinada o con una finalidad distinta a la requerida por la ley no configura este delito, ni ningún otro (Conf. Núñez, Creus y Boumpadre, y Marín).

Mientras la opinión dominante juzga consumado el delito en el momento de la sustracción, algunos autores como Soler o Fontán Balestra creen que es necesaria alguna manifestación externa del propósito de hacerse pagar la devolución.

Ahora bien, más allá de estas disquisiciones, coincidimos con Caramuti en que el hecho de que la ley se conforme con que la sustracción se realice con dicho fin nos lleva a cuestionar cuál es verdaderamente el bien jurídico protegido, puesto que no se exige que el pago ocurra para la punición de la conducta. En palabras de este último, la sola sustracción “no pone en peligro la libertad ni la propiedad. El peligro para esos derechos recién comienza cuando se formula la ilícita exigencia del pago para su devolución, mediante la implícita amenaza de la desaparición definitiva del cadáver”, lo cual significaría adelantar la punición a un momento intencional o volitivo todavía interno respecto de esos bienes jurídicos: penar la intención. Concluye el jurista que “la sustracción de un cadáver, aún con la finalidad mencionada, sólo puede ser punible, desde una perspectiva constitucionalmente válida, si la misma afecta otro bien jurídico” (Caramuti, Carlos, Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial. David Baigun, Eugenio Raúl Zaffaroni, Dir. Marco A. Terragni, Coord. Hamurabi, José Luis Depalma, Editor, Buenos Aires, 2009 T VI. 6).

Es precisamente el valor afectivo del cadáver frente a los familiares de la persona fallecida, aquello que da fuerza a la exigencia del autor. ¿Qué necesidad hay entonces de hacer semejante ejercicio para forzar una interpretación en torno a que el bien jurídico tutelado es la propiedad, cuando lo que se lesiona con hechos de la naturaleza de los que estamos analizando es el respeto que tenemos hacia los restos de los que fueron seres queridos?

En tal sentido es que proponemos reformular la acción delictiva y tipificarla en el Título II del Libro Segundo del Código Penal, que contempla los delitos contra el honor, incorporando aquellas conductas que atenten contra el debido respeto a la memoria del difunto.

La doctrina y jurisprudencia españolas justifican la necesidad de proteger la memoria del difunto, entendiendo que la dignidad humana se extiende más allá de la propia existencia física, no tanto por lo que pueda afectar al sujeto pasivo -quien evidentemente ya ha perdido la capacidad de sufrir-, sino por los sentimientos de sus familiares y allegados (SAP Barcelona, 6.ª, 628/2008, de 4 de septiembre [LA LEY 300782/2008]).

Sostiene la Sala 2ª de lo Penal del Tribunal Supremo que la falta de respeto consignada en el texto de la norma es simplemente la mención en la definición legal del bien jurídico protegido: el valor que la sociedad confiere a un cadáver en tanto cuerpo, resto íntegro, de una persona fallecida. El

alto tribunal, en sus sentencias del 20 de enero de 2004 y del 12 de diciembre de 2007 (Sentencias 70/2004 y 1036/2007, respectivamente), aclara que no es preciso más elemento subjetivo del injusto que el dolo genérico que ha de existir en toda clase de delitos dolosos, "en cuanto exigencia de que el sujeto activo haya actuado con el conocimiento de la concurrencia de los elementos objetivos especificados en la norma": conocimiento de la profanación del cadáver o sus cenizas y, además, conocimiento de que con el acto concreto de profanación que ha realizado, ha estado "faltando al respeto debido a la memoria de los muertos". Advierte que ninguna otra intencionalidad agrega el Legislador, que no usa en esta ocasión fórmulas que sí son habituales en otros apartados del Código, tales como actuar "con ánimo de", "con intención de", "con propósito de", "a sabiendas de" o "con el conocimiento.

En la misma tesitura, son objeto de la figura delictual que aquí formulamos, los restos mortales y las cenizas de quien ha vivido, porque en este caso el ataque al bien jurídico asume las mismas modalidades que si se tratase de un cadáver con otra consistencia. Compartimos la idea que ha enarbolado vasta doctrina en el sentido de que el valor afectivo que el sujeto pasivo le otorga a los restos de la persona es indiferente a la circunstancia de que el cadáver haya sido sustraído parcialmente, en su totalidad, o incluso que se trate de cenizas. Pero existiendo opiniones divididas en torno a la interpretación de dicho alcance en el tipo penal vigente de extorsión (Buompadre, Núñez o Caramuti adscriben a una posición más restrictiva) y a fin de evitar recurrir a cualquier clase de analogía que pueda debilitar el precepto normativo, optamos por explicitar con la mayor precisión el objeto digno de tutela.

Proponemos contemplar, a su vez, una serie de circunstancias agravantes, que califican la conducta en función: a) Del ánimo de obtener un provecho económico (en este supuesto genérico podría subsumirse el accionar previsto en el actual artículo 171 del Código Penal), b) De la calidad del autor como empleado de cementerios, funerarias y otras entidades públicas y privadas vinculadas a la inhumación, guarda, reposo, entre otros servicios, de cadáveres; c) De la realización de actos denigrantes, tales como vilipendio, mutilación, brutalidad o necrofilia; d) De que dichas acciones impidieren la identificación del cadáver, o se realizaren con el propósito de ocultar pruebas.

Por último, cabe aclarar que el fin tuitivo que inspira a la norma proyectada, la entidad del bien jurídico protegido y el disvalor de estos hechos aberrantes que los tornan pasibles de reproche penal, hallan absolutamente insuficientes a las normas contravencionales que puedan dictar las jurisdicciones locales por más loables que sean los fines perseguidos.

A modo de ejemplo, el Código Contravencional de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, sancionado por Ley N° 1.472 del año 2004, cuyo antecedente es la Ley 10 de 1998, reprime los actos de profanación con pena de multa o 10 días de arresto.

Por las razones expuestas, solicitamos a nuestros pares la aprobación del presente Proyecto de Ley.