

La recodificación penal y el principio de reserva de código

(Notas a propósito del proyecto de reforma al Código Penal)

Por Ricardo S. Favarotto y Nicolás Laino

1. Introducción.

El Código Penal Argentino sancionado por ley 11.179 (B.O.N. del 03/11/1.921), con las correcciones de la ley de fe de erratas 11.221 (B.O.N. del 10/10/1.923), ha sufrido un total de 878 reformas (137 a la Parte General, y 741 a la Parte Especial), tal como señala el informe producido por la Comisión para la elaboración del Proyecto de Ley de Reforma y Actualización Integral del Código Penal¹, en defecto de la Exposición de Motivos que suele preceder al dictado de las normas jurídicas sustanciales.

Como consecuencia de tantas modificaciones, muchas de ellas de signo contrapuesto con la matriz ideológica liberal que inspirara al Código Moreno (incluso, durante los 22 años siguientes a la reinstalación democrática de 1.983), nuestro Código Penal -un verdadero hito jurídico para su época, desde que fue capaz de resistir los embates del positivismo predominante a principios del siglo XX- ha perdido su fisonomía originaria, su coherencia programática y su organicidad.

2. Recodificación: Sistematización, armonización y racionalidad de la legislación penal. El principio de reserva de código (asignatura pendiente), y las restricciones a los frecuentes accesos contrarreformistas.

¹ Comisión de expertos creada por Resolución n° 303/04 del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, del 14 de diciembre de 2.004. Fue instituida por el Ministro de Justicia, Dr. Alberto Juan Bautista Iribarne, coordinada por el Secretario de Política Criminal y Asuntos Penitenciarios, Dr. Alejandro Walter Slokar, e integrada por los Dres. David Baigún, Guillermo Jorge Yacobucci, Edmundo S. Hendler, Raúl Miguel Ochoa, Carlos Alberto Chiara Díaz, Alejandro Tizón, Gustavo Raúl Ferreyra, Edgardo Alberto Donna (luego suplantado por Daniel Aníbal Erbetta), Enrique García Vitor (después sustituido por el Dr. Javier Augusto De Luca), y Gabriel Di Matteo.

En primer lugar, consideramos plausible el avance que significa la recodificación penal, en tanto todas las leyes especiales que contienen cláusulas represivas (por ejemplo, delitos tributarios, cambiarios, aduaneros, previsionales, discriminatorios, contra la propiedad intelectual, de producción, transporte y tráfico de estupefacientes, de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar, etc. y etc.), dictadas en forma dispersa como normas emergenciales, autónomas y aisladas, aunque complementarias al Código Penal, pasan a conformar un único y ensamblado cuerpo normativo.

Sin embargo, acorde al principio de reserva de código², no hay más delitos que los codificados, quedando proscriptas las extensiones de la legislación punitiva como consecuencia de reacciones institucionales espasmódicas, producto -incluso- de alguna superioridad parlamentaria circunstancial. Ergo, la ampliación del catálogo sancionatorio (y/o la intensificación del *"ius puniendi"* a los ilícitos previstos) deberían requerir mayorías especiales que, de ese modo, pudieran neutralizar cualquier intento antiliberal y regresivo de manipulación del código. He aquí una verdadera asignatura pendiente para nuestro sistema penal.

En otro orden de ideas, mas siempre con relación al malsano caso argentino, si analizamos la desperdigada legislación penal vigente que abarca no sólo preceptos sustanciales, sino -a menudo- hasta reglamentaciones adjetivas propias, podremos colegir que los avatares sociales e institucionales del país, así como la sempiterna proclividad legisferante a echar mano a soluciones mágicas, efectistas y rápidas (las más de las veces, parches normativos coyunturales, demagógicos y marcadamente punitivistas, soslayando que el Derecho Penal implica el ejercicio de la forma de coacción estatal más cruenta, y que sólo debería intervenir -al ser una respuesta tan radical y extrema- como "última ratio" de las reacciones sociales, para sancionar un número limitado de comportamientos cuya realización compromete de un modo intolerable la convivencia social pacífica, con

² Con toda justeza, Luigi Ferrajoli ha sostenido que *"no basta la simple reserva de ley, hace falta una reserva de código, es decir, el principio de que ninguna norma penal o procesal pueda dictarse si no es mediante una modificación o una integración de los códigos, aprobada, quizá, con procedimientos agravados. Sólo una reforma de este tipo podría poner fin al caos normativo, restablecer los límites entre jurisdicción y legislación, entre justicia y política, y restituir la credibilidad tanto a una como a otra"* (cfr. *"La giustizia penale nella crisi del sistema politico"*, en *Governo dei giudici. La magistratura tra diritto e politica*, edición de E. Bruti Liberati, A. Ceretti y A. Gisanti, Feittrinelli, Milano, 1.996, págs. 81-82; *"La pena in una società democratica"*, en *Questione di giustizia*, 1.996, 3-4, págs. 537-538; *"Giurisdizione e democrazia"*, en *Democrazia e diritto*, 1.997, 1, págs. 302-303).

directa afectación de los bienes jurídicamente tutelados), son la causa real de esta deplorable descodificación³.

Con otras palabras; además de la inmensa proliferación de figuras delictivas con descripciones típicas abiertas y exorbitancias sancionatorias, con minipartes generales y (hasta) con minirreglamentos procesales, es advertible una perniciosa asistematicidad, perjudicial por su desapego a los principios políticos limitadores del poder punitivo estatal, lesiva por la introducción de alternativas constitucionalmente inadmisibles al debido proceso legal y, en definitiva, dañina por su ostensible ineficiencia, tanto a la hora de cumplir los fines de la pena como a la de asegurar los derechos fundamentales de la persona humana.

La codificación como método legislativo permite, cuanto menos, contar con un derecho sancionatorio enmarcado dentro del programa constitucional, asegurando la racionalidad de las penas a través del retorno a los - muchas veces abandonados- criterios de proporcionalidad, según la gradación axiológica de los bienes jurídicos que se desprende de la Ley Suprema Federal.

En el estado de derecho, el principio de legalidad sustantiva funciona como criterio fundamental de legitimación jurídica o interna del poder punitivo, y su carácter constitucional extiende su validez a la codificación consecuente, si (y sólo si) ésta fue dictada con arreglo al mecanismo formal de producción legislativa y, además, en plena consonancia material con los postulados del ordenamiento superior.

Como ya quedara expuesto, fue Ferrajoli quien puso de relieve que la codificación penal es la consecuencia del principio de legalidad material, pues sólo a través de ella el axioma "*nullum crimen, nulla poena, sine lege*" puede considerarse efectivamente asegurado, en razón de las exigencias no sólo de

³ Precisamente, frente al fenómeno de la descodificación penal, el Prof. Ferrajoli ha propuesto, como primer paso para la recuperación de la racionalidad jurídica que ha sido abolida por tal "elefantiasis punitiva", una recodificación del derecho penal, "*que lo restituya a su función de ultima ratio vinculándolo solamente a las ofensas más graves de los derechos fundamentales o a los intereses colectivos*" (cfr. "*Crisis del sistema político y jurisdicción: la naturaleza de la crisis italiana y el rol de la magistratura*", en Pena y Estado n° 1). Para ello, rescata del olvido los principios de la codificación iluminista para esgrimirlos nuevamente como remedio frente a un derecho penal que se muestra tan expandido, caótico, arbitrario, e incierto como el del "*Ancien Régime*". El carácter constitucional de la codificación, como garantía del principio "*nullum crimen sine lege*", ha sido reconocido por Ferrajoli, quien ha reclamado la recodificación penal por conducto de una programación legislativa que ponga al derecho punitivo a la altura de los valores de la constitución, dimensión axiológica que se expresa, ante todo, en el respeto del mandato de legalidad, en cuanto a conocimiento y certeza de prohibiciones y penas, y en reducción del sistema punitivo a las mínimas figuras necesarias para proteger los derechos fundamentales amparados por la Constitución. (cfr. "*Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*", Edit. Trotta, Madrid, 1.998, pág. 834).

precisión, claridad y certeza (*“id est: lex scripta, praevia, stricta et certa”*), sino también de sistematicidad y cognoscibilidad fácil y adecuada, que son alcanzadas por el sistema del Código. El insigne iusfilósofo italiano reclama, para ello, *“una programación legislativa que sólo puede expresarse a través de una rigurosa recodificación dirigida a restaurar, con las garantías para los ciudadanos, tanto la legitimación formal de la jurisdicción como la sustancial”* (cfr. *“Derecho y razón...”*, pág. 834)⁴.

Por lo tanto, ante el creciente proceso de descodificación penal, creemos necesario realzar el acierto de la Comisión “ad hoc”, como primer paso para la recuperación de la racionalidad jurídica perdida, tras el exponencial desarrollo de la legislación de emergencia. En tales circunstancias, una recodificación del derecho penal, que lo restituya a su función de “extrema ratio”, vinculándolo solamente a las ofensas más graves de los derechos fundamentales o de los intereses colectivos, expresados en términos de bienes jurídicos merecedores de la protección jurídico-penal del estado, debe ser valorada positivamente.

3. A guisa de ejemplos.

Apenas como muestreo, señalamos que el Proyecto de Código Penal deflaciona los niveles de hiperpunitivismo alcanzados en los últimos tiempos, sobre todo a partir de la sanción de las leyes n° 25.087 y 25.893 (B.O.N. del 14/05/1.999 y del 26/05/2.004, respectivamente), que agravan las penas en los delitos contra la integridad sexual (CP, 119 a 133); de la ley n° 25.189 (B.O.N. del 28/10/1.999), que aumenta la punición en el delito de homicidio culposo en ocasión de accidentes de tránsito (CP, 84 2° párr. y 94 2° párr.); de las leyes n° 25.601 y 25.816 (B.O.N. del 11/06/2.002 y del 09/12/2.003, en ese orden), que severizan el castigo en los casos de homicidio calificado por la condición funcional de miembro de fuerza de seguridad, policial o penitenciaria, tanto de la víctima (CP, 80 n° 8), cuanto del victimario (CP, 80 n° 9); de la ley n° 25.742 (B.O.N. del 20/06/2.003), que agrava las sanciones para los secuestros extorsivos (CP, 170); de la ley n° 25.816 (B.O.N. del 09/12/2.003), que aumenta las penas para el

⁴ Semejantes consideraciones fueron formuladas por Daniel R. Pastor, en su excelente trabajo *“Recodificación penal y principio de reserva de código”*, Edit. AdHoc, Bs. As. 2.005.

abigeato (CP, 167 ter, quáter y quince); de la ley n° 25.882 (B.O.N. del 26/04/2.004), que agrava las sanciones punitivas en los robos con armas (CP, 166 n° 2), y de la ley n° 25.886 (B.O.N. del 05/05/2.004), que incrementa la punición en los ilícitos de tenencia y portación de armas de fuego (CP, 189 bis); entre muchas otras.

En ese orden de ideas, disminúyese una buena cantidad de escalas penales existentes, tal es el caso del homicidio calificado, que de prisión o reclusión perpetua se lo lleva a una franja graduable de 10 a 30 años de prisión; a su vez, en los homicidios con emoción violenta y en el preterintencional los mínimos descienden de 3 a 1 año de prisión; mientras que en el homicidio calificado por el vínculo cometido en estado de emoción violenta la pena prevista de 10 a 25 años de prisión o reclusión, pasa a ser de 3 a 12 años de prisión; así también en la violación simple que de 6 a 15 se reduce de 4 a 12 años de prisión; otro tanto sucede con la violación calificada que de 8 a 20 se aminora de 6 a 15; lo mismo que en el hurto calificado que de 1 a 6 años pasa de 6 meses a 4 años; y en la extorsión que de 5 a 10 años actuales, va de 6 meses a 6 años de prisión.

4. Los delitos contra la humanidad.

Aunque más no sea al pasar, consideramos que el impostergable deber de poner fin a la impunidad en los casos de los delitos que, por su naturaleza, trascienden las fronteras de la soberanía territorial del estado, con grave afectación a la comunidad internacional en su conjunto (nos referimos al genocidio, a la desaparición forzada de personas y a los crímenes de lesa humanidad), justifica largamente que el primer Título del Libro Segundo (“De los delitos”) del Proyecto, tipifique una serie de atentados cometidos en forma sistemática y con fines de exterminio, total o parcial, contra grupos nacionales, sociales, étnicos, raciales o religiosos.

Así, se repelen un conjunto de acciones delictivas atroces contra la humanidad, en plena sintonía con el plexo normativo del derecho internacional de los derechos humanos, y con la moderna concepción de la *jurisdicción universal* (que el propio Proyecto consagra como norma atributiva de competencia en su

artículo 2º, letra “c”)⁵, y afianzada luego de la segunda posguerra del siglo XX, en especial, a partir de la entrada en vigencia del Estatuto de Roma (aprobado el 17/07/1.998), por el que se crea la Corte Penal Internacional (CPI).

Enhorabuena que en el nivel del derecho interno -en rigor, ya lo estaba en los pactos multilaterales e iushumanistas suscriptos por la Argentina a partir de 1.984-, se prevean sanciones para estas gravísimas afrentas a la humanidad.

5. Corolario.

En síntesis, la recodificación penal es la opción política de un modelo de legislación que, como ya fuera destacado, supone unidad, sistematicidad, taxatividad, claridad y economía punitiva, frente al alarmante fenómeno de *“inflación de las leyes”* (Carbonnier), *“inflación penal”* (Ferrajoli), *“conformación paquidérmica de las incriminaciones punitivas”* (Maiello), o *“hipertrofia del derecho penal”* (Maurach-Zipf), modelo que se funda en la consideración simbólica y falaz del derecho penal como remedio exclusivo para erradicar todos los males sociales (panpenalismo).

En líneas generales, el Proyecto transita por el buen camino; eso sí, aun queda pendiente de realización el principio de reserva de código. ¿Otra vez será?

⁵ Art. 2º. *Aplicación de la ley penal. “Este Código se aplicará:... c) Por delitos cometidos en el extranjero previstos en los tratados o convenciones internacionales que obliguen a la Nación Argentina a su juzgamiento en función del principio universal”*