

Consideraciones sobre el anteproyecto de Código Penal. Por Néstor A. Oroño

I.- A modo de premisa: La actualización de la legislación penal de fondo, es casi un imperativo, por cuanto tenemos en vigencia un código penal sancionado el 1921 (Ley 11.179) con entrada en vigencia a partir de año 1922.

Durante sus noventa y cuatro años de vigencia, el citado código ha sido objeto de innumerables reformas, que según los autores del anteproyecto, contabilizan en más de novecientas.

Que, además del Código, existen numerosas leyes complementarias o especiales que tratan temas penales (vgr. régimen de la minoridad, delitos aduaneros, estupefacientes, ley penal tributaria, violencia en espectáculos deportivos, solo por mencionar algunas).

Muchas de esas reformas reflejan los avatares políticos del país, lo que denota la pretensión de instrumentalización del derecho penal; así, los gobiernos de facto endureciendo penas, y los gobiernos democráticos retornando al texto original de 1921, o al menos a su versión más cercana. A simple modo anecdótico, la noche del mismo día de la asunción del presidente Cámpora (25 de mayo de 1973), se derogaron por Ley 20.509, las reformas introducidas por el gobierno de facto 1966/1973.

Otras, con el objetivo de dar respuesta puntual a nuevos fenómenos delictivos, o bien a expectativas sociales momentáneas.

Fenómenos que en su conjunto han quitado coherencia, organicidad y armonía a la legislación penal; extremo fácilmente verificable sin ser un erudito en la materia, además de tornarla de difícil conocimiento y consiguiente aplicación.

II.- Una primera lectura del anteproyecto elaborado por la Comisión instituida por Decreto 678/12, nos ilustra que se han recogido principios e institutos suficientemente aquilatados en la doctrina y la práctica judicial: internacionalización, ofensividad, expresa referencia a la culpabilidad como fundamento y medida de la pena (art. 1); delimita claramente el ámbito de aplicación de la ley penal (art. 2), enunciando los principios de territorialidad, real, universal, funcional y de personalidad pasiva.

Recoge las nuevas tendencias en materia de penas y sus alternativas (arts. 17, 22); reemplazo de la pena de prisión por las referidas alternativas, estableciendo la potestad judicial de reemplazar la pena de prisión no superior de tres años; y los siguientes supuestos: la pena de prisión que exceda de tres años y que no supere los diez, se podrá reemplazar después del cumplimiento de la mitad de su duración. Se podrá reemplazar sólo después de cumplidos dos tercios de la pena, si el agente hubiere sufrido pena de prisión como condenado en los cinco años anteriores a la comisión del hecho. Se podrá reemplazar después de cumplido un tercio de la pena cuando se trate de personas mayores de setenta años,

embarazadas, quien tenga a cargo persona discapacitada o menores.

Es claramente superador en cuestiones importantes como por ejemplo el tratamiento del error y de la responsabilidad penal.

Dota de una elogiabile razonabilidad el ejercicio de las acciones penales; aborda de manera sencilla y adecuada la llamada responsabilidad penal de las personas jurídicas (arts. 10, 59 y ss), recogiendo la experiencia legislativa, etc.

Reconoce como causa que disminuye o exime de responsabilidad penal la diversidad cultural propia de los pueblos originarios (art. 19).

Para la condena condicional (art. 21) establece el tope de pena de dos años de prisión (actualmente tres, art. 26), otorgándose carácter excepcional.

Medidas de seguridad (art. 39): previstas para quien cometiere un hecho conminado con una pena cuyo máximo fuere superior a diez años; o haber sido absuelto a causa de cualquier anomalía, trastorno o alteración psíquica permanente o transitoria, no haya podido, al momento del hecho, comprender su criminalidad o dirigir sus acciones conforme a esa comprensión, o cuando se le hubiese impuesto una pena atenuada en razón su considerable disminución para la comprensión de la criminalidad del hecho, será sometido por el juez a un examen de peritos que verificarán si su padecimiento determina agresividad contra la vida, la integridad física o la integridad y libertad sexual. En ese caso, el juez dispondrá la

internación en un establecimiento psiquiátrico u otro adecuado para su atención, contención y control.

Como aspecto positivo, el anteproyecto, en general recurre a conceptos y definiciones sencillas, con amplio consenso doctrinario y jurisprudencial, por ejemplo en materia de tentativa, concurso de delitos, delito imposible, unificación de penas y de condenas (arts. 15 y 16, etc.), que seguramente harán más sencilla, previsible y segura la faena judicial.

Igualmente, más allá de la crítica que puedan merecer algunas pautas, establece detallada y claramente los parámetros a tener en cuenta por el juez a fin de aplicar y cuantificar las penas, agrupándolas en circunstancias atenuantes, de mayor y de máxima gravedad.

Tipifica los delitos de lesa humanidad, poniendo fin a toda discusión respecto de su vigencia positiva en nuestro país.

III.- Como contrapartida, entiendo que el tratamiento dado a algunas cuestiones, seguramente generará críticas y polémicas. Sin pretensión de taxatividad, a mero título ejemplificativo y sin desmerecer en lo más mínimo el alto grado científico y de elaboración propios del anteproyecto, menciono:

1) No se incluye la reiteración delictiva del sujeto como pauta a tener en cuenta por el juez al momento de determinar la pena para el caso concreto (art. 18). Al derogarse la reincidencia, deberían tenerse en cuenta a los fines de la graduación de la pena, las anteriores

condenas del sujeto; sino, parecería exteriorizarse una indiferencia ante los reiterados delitos cometidos por la misma persona, para quien las penas anteriores han demostrado carecer de todo efecto.

Contempla como regla general atenuante, ser menor de veintiún años al momento de la ejecución del hecho, lo que carece de toda lógica jurídica por cuanto la mayoría de edad se alcanza a los dieciocho años.

2) El amplio abanico de medidas sustitutivas de la pena de prisión (detención domiciliaria, detención de fin de semana, obligación de residencia, prohibición de residencia y tránsito, prestación de trabajos a la comunidad, cumplimiento de las instrucciones o reglas judiciales, multa reparatoria), en la práctica va a constituir como excepcional el cumplimiento efectivo de la pena de prisión. Lo grave y preocupante, es que esas medidas van a ser de difícil control en la práctica, al no existir organismos del Estado idóneos para ello. Similar a lo que ocurre actualmente con las libertades condicionales (liberaciones anticipadas) que se otorgan y que nadie controla. Es fácil verificar que un gran número de delitos lo cometen quienes se encuentran en libertad condicional o bajo régimen de libertad provisional.

3) Si bien es una verdad estadística que se ha aumentado el monto o la cuantía punitiva para un mayor número de delitos, la contracara está dada por el bajo monto de pena para ciertos delitos graves (por ejemplo trata de personas, robos con armas, abusos sexuales). Al

tener escalas penales cuyo mínimo es de tres años, se posibilita su reemplazo en los términos del art. 32, por alguna de las alternativas ya mencionadas. Dicho artículo establece: *"La pena de prisión que exceda de tres años y que no supere los diez, se podrá reemplazar después del cumplimiento de la mitad de su duración"*.

4) La derogación de la prisión perpetua para homicidios agravados, que en el anteproyecto son retribuidos con pena, cuya escala va de 10 a 30 años de prisión.

5) La excesiva simplificación del régimen penal de estupefacientes, al derogarse la ley especial (N° 23.737) e incluirse solo algunas figuras en el Código Penal, abandonando además todas las regulaciones procesales previstas en la citada normativa, que permitiría una mejor investigación de los delitos; disminución de la escala penal para el delito de tráfico de estupefacientes, ahora con un mínimo de tres años de prisión, etc.

Relacionado a este tema, para el delito de contrabando de estupefacientes, impone la carga de probar que *"por su cantidad estuvieren inequívocamente destinadas a ser comercializadas dentro o fuera del territorio nacional"*, lo cual aparece como un requisito sobreabundante atento a la extrema gravedad del solo hecho del contrabando de tales sustancias.

Es objetable también que las figuras de sembrar, cultivar plantas o guardar semillas utilizables para

producir estupefacientes, producir, extraer o elaborar estupefacientes no sean punibles cuando sean para uso personal; igualmente comerciar, tener para comercialización, almacenar, transportar o traficar en cualquier forma con estupefacientes, plantas o semillas, precursores o materias no sean punibles cuando sea de uso personal o consumo común.

IV.- A modo de síntesis, entiendo que se debe evitar la tentación de adoptar posiciones extremas a favor o en contra del anteproyecto, y franquearse una discusión madura, plural, libre de prejuicios políticos o ideológicos, reconociendo que como toda obra humana es perfectible, sin desaprovechar la importante contribución plasmada en dicho texto.-