



Academia Nacional de Derecho y
Ciencias Sociales de Buenos Aires

Dictamen sobre el anteproyecto de Código Penal.

1. La experiencia histórica universal, y argentina en particular, lleva a esta Academia a la convicción de que no es prudente modificar leyes fundamentales en épocas turbulentas. Leyes que son, luego de la Constitución Nacional, las que estructuran la república y educan a sus habitantes -como es el caso del Código Civil y, ahora, el Código Penal- no pueden surgir de confrontaciones ideológicas entre especialistas o de conveniencias político-partidarias.

Lamentablemente estamos inmersos en un período de nuestra historia signado por la inseguridad, la impunidad de los delincuentes, la desconfianza popular en las fuerzas de seguridad y, aún la duda fundada sobre la justicia de muchos jueces penales. No parece el momento apropiado, entonces, para discutir y sancionar una legislación que deberá incidir gravemente en la vida social de los argentinos de las próximas décadas.

Pero sea lo que fuere lo que la sensatez de nuestros gobernantes les indique, lo cierto es que se ha presentado a la pública consideración un Anteproyecto de Código Penal y a él debemos referirnos.

Lo haremos, al menos en esta primera oportunidad, analizando sus ideas fundamentales (lo que con cierta exageración podría llamarse su “filosofía”), dejando para otro momento un juicio de detalle. Es decir, nuestra mención de algunos artículos del anteproyecto será, fundamentalmente, a título de ejemplo.

2. La crítica más grave que debe hacerse es que se ha elaborado un Código Penal puramente teórico, fundado en una ideología que va a contramano de las necesidades sociales y de la legislación comparada. Su hipotética aprobación en Argentina produciría daños quizás irreparables a nuestro ya debilitado tejido social.

Un principio de prudencia legislativa indica que la ley humana -aunque respetuosa de los principios inmutables que deben regir la vida social de los hombres- debe ser “proporcionada a los lugares y a los tiempos”, como escribiera San Isidoro de Sevilla en su famosa “Etimologías”, recogiendo la sabiduría de la antigüedad. Y es que una ley que ignora la realidad social que debe regir, está inevitablemente destinada al fracaso. Este proyecto, que parece más un producto de laboratorio que un instrumento destinado a regir un país, no ignora sin embargo la realidad. Simplemente se desentiende de ella porque, como a toda ideología, no le importa la realidad existente sino la nueva realidad que busca imponer.

El corazón del Anteproyecto es la idea de que debe reducirse al máximo el poder punitivo del Estado. Es decir, que debe reducirse el número de injusticias castigadas como delitos, que deben reducirse las penas para los delitos que se sigan castigando y, fundamentalmente, que deben regularse los medios para que la menor cantidad de delincuentes posible vaya preso. Estas ideas que, llevadas a su máxima expresión, llevarían a la anarquía, el imperio de la delincuencia y a la inevitable justicia por mano propia, suelen denominarse “abolicionistas”.

La ideología que trasunta el proyecto, compartida por muchos penalistas argentinos, se funda en la idea de que el Estado, en cuanto ejerce su poder punitivo, es decir, en cuanto castiga a los delincuentes, es ilegítimo; de allí que lo llame “estado de policía”. Frente al estado de policía, y en confrontación dialéctica con él, se erige el Estado de Derecho o Estado Constitucional, cuyo fin es la contención del estado de policía, es decir, la supresión o, al menos, la limitación del ejercicio del poder punitivo por parte del estado. El derecho penal consistirá, entonces, en la “programación doctrinaria de la jurisprudencia y el entrenamiento de los juristas para esta tarea de contención y reducción del poder punitivo” (ver Zaffaroni, R.E.: “El enemigo en el derecho penal”, Ediar, 2006, p. 167, entre muchos otros).

Este Anteproyecto de Código Penal es un paso de gran importancia en la tentativa de imponer esta ideología en nuestro país.

3. Toda la notable inteligencia y la vasta experiencia del Presidente de la Comisión Redactora -unidas a caminos jurisprudenciales ensayados por sus discípulos o simpatizantes- ha sido puesta en obra en este Anteproyecto para alcanzar un objetivo singular: elaborar una ley que parece ser un Código Penal pero que, en la práctica, supondrá la casi desaparición del derecho penal.

Se engañaría quien se formara un juicio sobre el Anteproyecto analizando sólo o principalmente la parte especial del Código propuesto. Allí, por supuesto, encontrará un listado de delitos con sus correspondientes sanciones. Podrá objetarse -y debe objetarse- la incomprensible desaparición de algunas figuras delictivas, de diversas agravantes y la disminución de las escalas penales en múltiples delitos.

Los mecanismos que permitirían llevar adelante la radical disminución del poder punitivo del Estado y, por tanto, la imposición de la ideología, se encuentran en la Parte General del proyectado Código. Son algunos de ellos:

a) La supresión del dolo eventual. Ello dejará impunes, entre otros, múltiples delitos de carácter económico o financiero, lavado de dinero y crimen organizado. Convendrá decir que esta supresión no tiene igual en la legislación mundial y, por el contrario, va a contramano de las tendencias penales actuales. No podemos dejar de señalar la extrañeza y desconcierto que causa el modo con que han obrado los proyectistas en este caso. Efectivamente, hay que reparar que el llamado “dolo eventual” es una forma que tenemos los seres humanos de comportarnos, es decir, es un aspecto de la realidad no un invento del derecho. Parece algo autoritario pretender suprimir la realidad con una norma jurídica. El modo en que lo han hecho es también llamativo: el anteproyecto comienza con un artículo en que, con el supuesto propósito de recordarnos los fundamentos constitucionales del derecho penal, se le hace decir a la Constitución -entreverado con principios obvios y reconocidos- lo que en ninguna norma dice: que los delitos (dolosos) sólo pueden cometerse con voluntad directa.

b) La eliminación de los llamados delitos de peligro abstracto, por la misma vía utilizada anteriormente (art. 1º, 2, c). Esto es, de delitos que han permitido históricamente -aquí y en las legislaciones de otros países- combatir con mayor eficacia los delitos contra la seguridad pública y ciudadana. Esto tornará impunes delitos como la tenencia ilegal de armas o aún de explosivos, muchos casos de falso testimonio, de falsificación de instrumentos privados o públicos, o del delito de asociación ilícita, entre muchos otros. Ahora, estos delitos aparecen penados en la parte especial. Algunos juristas críticos del anteproyecto se han planteado si se trataría de una incoherencia, o de una desprolijidad de los proyectistas. Sin embargo, creemos que esta norma inicial procura permitir a los jueces analizar si, en los casos concretos, hubo algún peligro efectivo para los bienes jurídicos protegidos y, en caso de no haberlo habido (la mayor parte de las veces en varios de ellos y siempre en otros, como la mencionada tenencia ilegal de armas o explosivos), sobreseer o absolver por aplicación del artículo 1º.

c) El crecimiento desmesurado de la posibilidad de conceder el beneficio de la suspensión del juicio a prueba (“probation”), esto es, de dejar delitos impunes. Este instituto, que permite a los jueces suspender el dictado de sentencia (por lo cual no se sabrá si la persona investigada es o no culpable) y disponer la realización por parte del investigado de alguna tarea normalmente de interés comunitario, resulta de relativa y discutible utilidad en caso de delitos para los cuales la ley prevé penas bajas, cuyo cumplimiento suele dejarse en suspenso. Sus bondades, en buena medida, dependen del control que se realice sobre el efectivo cumplimiento de las tareas dispuestas. El Anteproyecto lo ha convertido en un medio que dejaría en manos de los jueces la efectiva reducción del poder punitivo del Estado.

Para ello, los proyectistas han elaborado un conjunto de normas de cuya conjunción surge el efecto mencionado:

1) incluir entre los casos en que es posible conceder el beneficio a todos los delitos cuya pena mínima sea de tres años de prisión (art. 45), o sea, delitos graves,

2) dejar en manos del juez el decidir si la pena que aplicaría en ese caso sería o no mayor de tres años (art.45, inc.1),

3) reducir los mínimos de múltiples delitos a tres años o menos (por ejemplo, tráfico de estupefacientes, robo con armas, reducción a servidumbre, etc.). De este modo, en un 85% de los delitos sería posible no aplicar pena. Y, si se excluyen aquellos delitos que podrían calificarse de “no comunes” (v.gr. genocidio, delitos de lesa humanidad, crímenes de guerra), el porcentaje de posible impunidad sube a un 96%. Por supuesto que esto dependerá, en principio, del mejor o peor criterio de los jueces, pero no puede dejarse de

lado el hecho de que es un instrumento que permite la casi total impunidad en un país en que las sentencias de muchos jueces penales, aún sin contar con estos medios legales, escandalizan a la población;

4) para la concesión de este beneficio, la opinión del fiscal y la de la víctima no son vinculantes.

d) La concesión de inmensos poderes a los jueces penales para reducir o, directamente, no imponer penas a quienes son probadamente culpables de un delito. Además del beneficio de la “probation”, nos encontramos con los siguientes:

1) los casos previstos por el art. 1º, 2, d): “Se evitará o atenuará toda pena que por las circunstancias del caso concreto resultare inhumana, (o) trascendiere gravemente a terceros inocentes...”. Como resultaría un absurdo suponer que el mismo anteproyecto prevea alguna pena inhumana, semejante calificación quedará en manos del juez quien bien podría considerar a la pena de prisión –en sí misma- como inhumana (lo que presumiblemente ocurriría en el caso de muchos jueces enrolados en la ideología que ha dado lugar a este anteproyecto). En cuanto al segundo punto, puede decirse que, en la mayor parte de los casos, la pena de prisión trasciende, de algún modo, a terceros inocentes (piénsese en la familia, en particular el caso de hijos menores). Un criterio amplio y literal en la interpretación de la norma dejaría fuera de prisión una inmensa cantidad de condenados. Hay que destacar nuestra extrañeza ante el empleo del verbo “evitar”, que no parece propio de la función judicial, unido a la falta de toda precisión legal acerca del modo jurídico de “evitarlo”;

2) la posibilidad judicial de “reemplazar parcial o totalmente cualquier pena de prisión que no exceda de tres años” por las llamadas “penas alternativas de prisión (art.22 y ss), la que, con excepción de la detención domiciliaria, difícilmente pueden ser consideradas verdaderas penas. Estas son: detención de fin de semana, obligación de residencia, prohibición de residencia y de tránsito, prestación de trabajos a la comunidad, cumplimiento de instrucciones judiciales y multa reparatoria. Cuando la pena de prisión exceda los tres años y no supere los diez, se la podrá reemplazar por alguna de dichas medidas después del cumplimiento de la mitad de su duración. Este “reemplazo” de la pena de prisión por otras medidas, como las mencionadas, ya fue ensayado en Europa en los años setenta y ochenta, donde fracasaron. La Exposición de Motivos atribuye el fracaso a cuestiones organizativas de dichos países, lo que en nuestro caso se evitaría a través de la creación de un cuerpo de personal especializado dedicado a su ejecución. Es en esta parte de la exposición de motivos (art.22) que se desarrolla la idea de los “cupos” carcelarios, es decir, la decisión política de cuántos presos quiere el Estado tener para, a partir de allí, desarrollar medidas como las que estamos comentando;

3) La concesión a los jueces de facultadas amplísimas y no regladas en “todas las cuestiones de ejecución, reemplazo y control de las penas” (art.41, 1). Destacamos dentro de estas, la facultad judicial de “evitar o reducir cualquier eventual efecto negativo de la pena” (art. 41, 2, a). No hace falta mencionar que toda pena de prisión tiene, por su misma naturaleza de pena, efectos negativos para quien la sufre.

Además de la evidente tendencia a reducir la potestad punitiva del Estado (o a incrementar la impunidad), el otorgamiento de tamañas facultades a los jueces penales debe ser, de por sí, objeto de cuidadosa consideración. Ya Aristóteles probaba que conviene que sean las leyes quienes regulen todo aquello que sea posible y dejar pocas cosas al arbitrio de los jueces (Retórica 1354, b).

e) La inclusión del “principio de oportunidad”, por el cual el fiscal puede resolver no investigar un delito o desistir de una investigación ya comenzada si, por ejemplo, se trata de un delito de contenido patrimonial y no se ha ejercido violencia sobre las personas (art. 42, 3, d. Así, p.e. hurto, muchos casos de robo, estafa, etc.).

En síntesis, a través de todo este conjunto de normas, se lograría una reducción altamente significativa del poder punitivo del Estado: la mayor parte de los delincuentes, aún en caso de delitos graves, no iría a prisión.

4. Debe ser criticada la grave incoherencia del Anteproyecto en orden al valor y consiguiente protección de la vida humana.

En la “Prolusión al Poder Ejecutivo”, la comisión redactora del anteproyecto expresa que “dado que toda escala penal proyecta negativamente el valor jurídico positivo lesionado, es ineludible tomar como parámetro general y orientador para el resto, el de la vida humana. La desarmonía que implica desconocer que este valor se halla en la cúspide del orden jurídico argentino, repudia a la Constitución Nacional...”

Por supuesto, no podemos sino estar plenamente de acuerdo con este criterio que prácticamente inaugura las páginas del Anteproyecto.

Sin embargo, dos normas y una omisión contradicen esta declamada primacía de la vida humana.

En primer término hay que referirse al art. 85 donde se regulan los llamados abortos no punibles. Allí el anteproyecto se hace eco del fallo F., A. L., con todas sus implicancias. Efectivamente, hasta dicho fallo –y mientras su doctrina no se modifique– se discutía si acaso los supuestos de abortos no punibles eran casos de excusas absolutorias, lo cual implicaba que se trataba de conductas antijurídicas y delictivas que, por razones de política criminal, no recibían pena. Pero a partir de la doctrina de la Corte, en cuanto consideró que el aborto en caso de embarazo resultado de una violación es un derecho, las cosas han cambiado sustancialmente. Porque si esto es así, la norma introducida por el artículo 35 importa la afirmación de que matar a un ser humano inocente con intención directa es un derecho y, por tanto, algo acorde con nuestro orden jurídico considerado en su totalidad. Lo cual, (no haría falta siquiera decirlo), es inconstitucional.

En segundo lugar, el anteproyecto incorpora las figuras de suicidio asistido a ruego y de homicidio piadoso (arts. 81 y 82) como delitos contra la vida sumamente atenuados. En ambos casos, siguiendo con la tesitura que hemos venido desarrollando, el anteproyecto da al juez la facultad de eximir de pena al culpable. El modo en que justifica la exposición de motivos esta posibilidad de eximición (al art. 82) lleva a la inevitable conclusión de que serán –prácticamente en la totalidad de los casos– delitos impunes. No es el momento de dar nuestra opinión sobre las figuras legales, su redacción, su escala penal y demás cuestiones vinculadas con los concretos delitos, pero si recordar el valor pedagógico de las leyes. Es decir, del modo en que están planteadas las cosas, resultará inevitable que el común de la gente llegue a la conclusión de que la eutanasia es legal.

Mencionábamos una omisión normativa. Y es esta: ninguna norma hay en el anteproyecto, a pesar de lo que se ha progresado en ese sentido en la legislación comparada, relativa a los delitos que puedan surgir como consecuencia de las biotecnologías. Así, el llamado descarte de embriones, la crioconservación de los mismos, la experimentación sobre embriones, su comercialización, la clonación de seres humanos, aparecen como los casos más urgentes de protección jurídica penal.

5. Nuestro dictamen no puede concluir sin hacer mención a ciertas actitudes que desdibujan, aún más, este anteproyecto tan cargado de ideología. Nos referimos a la utilización de un lenguaje propio de la política cotidiana que, por sus mismas connotaciones, carece de una mínima seriedad científica. Así, por ejemplo, al referirse a las reformas legislativas en el campo penal, la exposición de motivos atribuye lo ocurrido en los gobiernos de Alfonsín y Menem a “los medios masivos y a las agencias extranjeras”. Las ocurridas en nuestro siglo a “una formidable campaña mediática y a la debilidad del Congreso Nacional”.

6. Como decíamos al comienzo, no hemos querido en esta oportunidad analizar con ningún detalle la supresión de delitos, de agravantes o la reducción de escalas penales, en muchos casos directamente incomprensible. Nos ha parecido suficiente mostrar brevemente los mecanismos generales ideados por los autores del anteproyecto, para reducir –hasta casi hacer desaparecer– la justicia penal.

El mundo actual plantea continuos desafíos a una convivencia ordenada y armónica. Cuando esos desafíos asumen las múltiples caras de la injusticia, la vida social y aún personal, se torna más y más dificultosa y, por así decirlo, asfixiante. De todas las formas que puede asumir la injusticia, acaso ninguna sea percibida con mayor gravedad que la falta de una justicia penal, de una justicia que actúe con proporcionalidad y eficacia ante la comisión de un delito. Pero si esta injusticia penal llegara a ser organizada y promovida por el mismo Estado que es expresión jurídica y política de la comunidad, la vida social resultaría insoportable.