

FUNDAMENTOS DEL ANTEPROYECTO DE REFORMA Y ACTUALIZACIÓN  
INTEGRAL DEL CÓDIGO PENAL.

-I-

El presente Anteproyecto de reforma y actualización integral del Código Penal responde al cometido que fuera encomendado a esta Comisión, integrada por representantes institucionales pertenecientes a entidades del foro, la judicatura y la academia, por Resolución M.J. y D.H. N° 303 del 14 de diciembre de 2004, modificada por su similar N° 136 del 4 de octubre de 2005.

Los lineamientos generales orientadores de la labor de la Comisión, se han fundado especialmente en la necesidad de adecuación constitucional e internacional del texto vigente, de actualización técnico-jurídica y de proporcionalidad y coherencia de la respuesta punitiva, procurando dotar de mayor eficacia a la ley sustancial –dentro del marco político criminal derivado de las normas constitucionales– y alcanzar una mayor unidad, orden sistemático y racionalidad en el Código Penal.

La Comisión ha consultado los anteriores proyectos sobre la materia (Proyecto de Reforma de la Parte General del Código Penal de los Diputados Néstor Perl y Oscar Fappiano, presentado el 13 de noviembre de 1987, el Anteproyecto de Reformas Puntuales al Código Penal de 1988 –Comisión creada por Resolución M.J. N° 420 del 10 de diciembre de 1997– y el Anteproyecto de 1999 de reforma sustancial al Libro Primero del Código Penal y a algunos tipos penales contenidos en el Libro Segundo del mismo cuerpo legal). En el orden internacional se ha consultado el Código Penal alemán, y los

más recientes códigos, por ejemplo, el de España, el de Portugal, el de Francia y, en nuestra región, el de Paraguay y el de Guatemala, respetando así nuestra tradición jurídica-continental.

Asimismo, se ha incluido como parte del procedimiento de elaboración del presente Anteproyecto el superlativo esfuerzo realizado por distintas entidades en el plazo establecido en la consulta pública, establecida por la Resolución M.J. y D.H. N° 736 del 9 de mayo de 2006, como ser las facultades de derecho de las Universidades Nacionales, los colegios de abogados, las asociaciones de magistrados, incluyendo también a otras organizaciones representativas en la materia, destacando su valor participativo para el método de elaboración de normas.

-II-

En lo que respecta a los fundamentos de índole político-criminal, el objetivo perseguido por esta Comisión ha sido dar una respuesta actualizada, integral y eficiente al fenómeno del delito en la Argentina, en el marco del Estado de Derecho.

Por ello, esta propuesta es adversa a la política de cambios episódicos, ya que se considera que el modelo contemporáneo de legislación penal debe atenerse a una cosmovisión integradora. Ello demanda como punto de partida el respeto a los postulados político criminales que surgen de la Constitución Nacional, como único modo de orientar desde el Estado la ejecución de cada uno de los cambios necesarios en las diferentes áreas del conjunto.

Las leyes irruptivas, aprobadas siempre bajo advocación de episodios críticos, nunca -ni siquiera excepcionalmente- han servido para disminuir los conflictos penales; sólo han contribuido al deterioro del funcionamiento del sistema jurídico. La política criminal es parte de la política estatal y no un impulso de fracciones. De hecho, importa reconocer que es parte de la política social, y que su planificación no puede prescindir de las medidas económico-sociales destinadas a reducir el fenómeno de la criminalidad.

Si la compaginación entre política social y cada una de las áreas de la política criminal es indispensable, resulta de igual modo obvia la necesidad de interacción entre los componentes de la denominada política penal, es decir, el derecho penal sustantivo, el derecho procesal penal, la organización policial reconocida por todos como umbral de la administración penal y la política penitenciaria.

Es necesario comprender que el abordaje responsable del problema de la seguridad requiere, desde la perspectiva del sistema penal, una consideración conglobada de sus segmentos normativos y de la estructura y funcionamiento de sus agencias.

La reforma aquí proyectada procura avanzar en ese camino, en tanto resulta indispensable poner en vigencia un código penal que, amén de su necesaria adecuación a compromisos y normas del derecho internacional, incorpore modernos institutos, clarifique problemas que fueron motivo de diversos criterios interpretativos y proporcione instrumentos que, bajo condición de respeto irrestricto a los principios constitucionales, dé efectividad y otorgue sentido a la respuesta punitiva. De allí el postulado principal de que todas las penas deben efectivamente cumplirse.

Pero cabe advertir que nada se gana con la excelencia de un Código Penal, si los juicios se prolongan indefinidamente –sin respuesta jurisdiccional a los conflictos que constituyen su objeto–, si la detención o prisión preventiva se transforman de hecho en pena anticipada y la llamada excarcelación se convierte en un remedio excepcional, si se faculta a la policía para detener por varios días a los “sospechosos”, si no se implementan controles institucionales que reduzcan los espacios de arbitrariedad y, de ese modo, la corrupción, si no se reforma el sistema de investigación de los delitos o si en el ámbito penitenciario persiste la humillación en lugar de una orientación que provea seguridad, respeto a la dignidad humana y una función social.

Este amplio marco debe gobernar el abordaje del problema de la seguridad de gravitante incidencia en el entramado social. El concepto de seguridad es utilizado en la actualidad en sentido reduccionista; se lo parifica a la certeza que tiene la población de que no será afectada por comportamientos delictivos, en especial los violentos; más focalizado aún, se lo relaciona con la confianza de que ciertos bienes jurídicos, como la propiedad y la vida no estén expuestos al riesgo de ser lesionados.

Pero la seguridad así entendida, con este significado que pregonan diariamente algunos medios de comunicación, es sólo un perfil minimizado de la verdadera acepción. Va más allá según las explicaciones coincidentes de la doctrina especializada; seguridad es sinónimo de efectivización de los derechos individuales y sociales, abarca el área de los derechos humanos referidos a la obligada protección del Estado; amén de los derechos políticos, comprende el derecho a la salud, a la educación, al trabajo, a una jubilación justa,

y todos aquellos vinculados con la exigencia de un mínimo de calidad de vida. Por otro lado, implica la certeza de que todos estos derechos serán respetados, y custodiados por el Estado en su papel de garante del imperio de la Constitución Nacional. Huelga decir que los remedios para este déficit social nada tienen que ver con el aumento de las penas, con la incorporación de nuevas agravantes o con las medidas restrictivas de la libertad para el procesado, a las que muchos apuntan como si fueran la tabla salvadora.

La realidad del funcionamiento del sistema penal hace imprescindible un cambio profundo y coherente de todos sus segmentos. En ese camino debemos asumir con claridad cuál es el alcance operativo de un sistema de justicia para no crear falsas expectativas que sólo provoquen una efímera ilusión y que finalmente lleven a la decepción y pérdida de confianza.

No podemos ignorar que, en general, los ciudadanos tienen escasa confianza en las leyes actuales y en los procedimientos y prácticas del sistema de justicia. Es necesario por ello, que la propia administración de justicia asuma la política de transformación y lidere las propuestas de cambios que también deben abarcar una reformulación del sistema de investigación de los delitos y del papel del Ministerio Público, una transformación del sistema de enjuiciamiento (pendiente en el orden federal y en algunas provincias) hacia un sistema acusatorio y que posibilite la participación popular, una reforma estructural de la organización y funcionamiento policial, la adaptación de la legislación de menores a los principios constitucionales y a la Convención de los Derechos del Niño, el mejoramiento de las infraestructuras del servicio del Poder Judicial, Ministerio Público, Penitenciario y de Policía, la capacitación y

formación profesional y la promoción de investigaciones empíricas y teóricas en el campo de la cuestión criminal. Pero difícilmente puedan alcanzarse resultados inmediatos con el sólo cambio programático. Es imprescindible un compromiso efectivo y un cambio de actitud por parte de todos los operadores.

Se ha procurado ser fiel con el catálogo de garantías de la Constitución Nacional y con las convenciones internacionales sobre derechos humanos. Por ello, hemos proyectado un código penal respetuoso de esos derechos, como instrumento necesario de la paz social.

Pero también hemos buscado las reformas estructurales que faciliten evitar la impunidad de aquellas acciones que dañan los bienes jurídicos penalmente relevados, generando una transformación que establece lineamientos para todo el país en el sistema del ejercicio y extinción de la acción penal, regulando el principio de oportunidad e introduciendo modernos institutos.

La eficacia de la ley penal nada tiene que ver con marcos penales elevados, penas indeterminadas o agravantes irracionales. Esta afirmación ha sido históricamente comprobada. Las políticas populistas basadas en el intervencionismo penal extremo no pasan de ser un recurso simbólico con funcionalidad pragmática de corto alcance. En el mediano plazo quedan en evidencia: no resuelven los problemas, tienen costos económicos altísimos (tan altos como inútiles) y, como si fuera poco, mediatizan a la persona y resignan el respeto a las normas constitucionales.

La eficacia, en cambio, debe medirse en su efecto real sobre las conductas lesivas a los bienes jurídicos. Por ello, el proyecto utiliza una técnica que facilita la interpretación

y aplicación de la ley, delimita el ámbito de lo punible a partir del bien jurídico reconocido y especialmente de la lesividad de los comportamientos. Asimismo, procura concentrar la persecución penal en aquellas conductas delictivas verdaderamente relevantes, facilita la reducción de la sobrecarga para los órganos de persecución penal y el sistema penitenciario a través de una despenalización moderada de conductas de bagatela o en situaciones donde el conflicto ha sido superado.

Compatible con lo anterior, y concientes del fracaso de la cárcel, se plantea un sistema de cumplimiento efectivo de penas con una serie de alternativas que apuntan a que la respuesta punitiva tenga un menor impacto en las familias de los condenados, evitando así la estigmatización, lo que generará asimismo un mayor margen de seguridad ciudadana.

En la parte especial se reflejan las valoraciones de la reforma constitucional y de los tratados y convenciones internacionales, tutelando bienes jurídicos allí reconocidos. Por un lado, se han incorporado nuevas figuras penales cuya regulación es consecuencia de una nueva concepción universal y se ha previsto desde la parte general un sistema de respuesta para las personas jurídicas que posibilite neutralizar y, en algunos casos, reparar las lesiones colectivas que producen gravísimos daños económicos y sociales. Por otra parte, se han despenalizado conductas que conforme las valoraciones y pautas sociales actuales no justifican un reproche penal.

Cabe señalar que la Comisión estima necesaria una revisión integral, reformulación y sistematización de las disposiciones penales que tipifiquen hechos gravemente lesivos al orden económico y al medio ambiente.

-III-

En orden a los fundamentos de índole normativa, se ha procurado una adecuación de la ley interna a los compromisos internacionales asumidos por nuestro país y se ha avanzado en una reforma que no sólo se proyecta sobre el sistema de las consecuencias jurídicas del delito y la necesidad de dotar de proporcionalidad y racionalidad a las escalas penales, así como la previsión de sanciones para personas jurídicas, sino -además- sobre la regulación del hecho punible, receptando -en base a los avances de la ciencia penal, la legislación comparada y nuestra jurisprudencia-, nuevos institutos que constituyen cambios sustanciales sobre algunas cuestiones que la doctrina y jurisprudencia han reconocido de manera amplia. También se ha avanzado en una revalorización de la víctima -privilegiando la solución del conflicto-, y se han introducido modificaciones sustanciales al ejercicio de la acción penal, consagrándose criterios de oportunidad, ampliándose el catálogo de acciones dependientes de instancia privada y de acciones privadas.

En este sentido, cabe señalar que la asistematicidad de las últimas reformas han puesto en crisis principios constitucionales que condicionan la actividad legislativa y la judicial, alterando el sistema de penas y su proporcionalidad, y distorsionado el orden y jerarquía de los bienes jurídicos, con todos los efectos negativos que ello proyecta en el proceso de interpretación y aplicación de la ley y en la seguridad jurídica. Lamentablemente, las consecuencias de estas reformas no pueden ser más negativas. Se ha desarticulado un sistema legal y, en su lugar, se ha postulado la institucionalización de la arbitrariedad.



Estas razones –que podrían ampliarse– que encuentran sustento en estadísticas oficiales, encuestas de victimización y cuadros comparativos de la realidad normativa actual, constituyen argumentos suficientes para proyectar una reforma integral al Código Penal que apunte a recomponer su parte general, incorporar modernos institutos y nuevas pautas de intervención penal, nuevas figuras delictivas y readecuar las escalas penales de la parte especial retomando la racionalidad y proporcionalidad, para facilitar así una respuesta más eficiente y a la vez respetuosa de las garantías.

-IV-

Aún cuando se ha respetado como primer título del Libro Primero, lo relativo a los principios que rigen la validez espacial y temporal de la ley penal, se ha procurado reafirmar a nivel legal el núcleo básico de garantías constitucionales que condiciona la interpretación y aplicación de la penal, sometiendo la aplicación del Código a los principios de la Constitución Nacional y a los Tratados y Convenciones Internacionales, en especial los de legalidad, lesividad, culpabilidad, proporcionalidad y humanidad (art. 1°).

Estos principios emanan del reconocimiento de la dignidad humana como fundamento del Estado de derecho y de todo el ordenamiento jurídico y sirven tanto como regla para la validez como de criterios para la interpretación y aplicación de la disposiciones del Código Penal y de las leyes especiales.

En orden a los principios que rigen el ámbito de validez espacial y temporal de la ley penal se han mantenido los textos del código vigente, regulando de manera expresa el

principio de jurisdicción universal en función de los tratados y convenciones internacionales ratificados por nuestro país y la posibilidad de que el imputado o condenado sea escuchado a los fines de la determinación de la ley penal más benigna (arts. 2° y 3°).

Finalmente, se ha mantenido la norma general del artículo 4°, estableciéndose que las disposiciones generales se aplicarán a todos los delitos previstos en leyes especiales. En este punto, y sin perjuicio de la jerarquía normativa de esta disposición, la Comisión decidió suprimir la frase "en cuanto éstas no dispusieren lo contrario", en el entendimiento que no existe situación de emergencia o excepcional que justifique apartarse de las reglas generales proyectadas en armonía con los principios constitucionales y aplicables a todos los delitos.

-v-

En relación al sistema de penas y medidas de seguridad y orientación, se ha seguido -con algunas modificaciones- las sugerencias del anteproyecto de 1998, el Proyecto de Reforma de la Parte General del Código Penal de los Diputados Néstor Perl y Oscar Fappiano y el Anteproyecto del Régimen Legal de Protección y Sistema Especial aplicable a las Personas Menores de Dieciocho años, elaborado desde el Ministerio de Justicia en el año 2004, la normativa regional comparada más moderna y proyectos de ley nacionales más recientes con estado parlamentario.

El tema de la respuesta punitiva estatal resulta central a la hora de definir las normas de un Código Penal. Es

que, precisamente, ella constituye uno de los aspectos más visibles de la llamada crisis de la justicia penal.

La regulación de las consecuencias jurídicas del delito -pena, medidas de seguridad y orientación y consecuencias accesorias- es decisiva para medir el rango internacional del ordenamiento jurídico pero esencialmente uno de los medios para mantener la paz social y seguridad jurídica. Si el delito no tiene respuesta, si fracasan los órganos estatales predispuestos para su persecución, juzgamiento y sanción amenazarán siempre la vuelta al derecho por propia mano o la venganza privada.

Lo cierto es que muchas veces -y por efecto de reformas coyunturales- nuestro Código Penal se resintió con penas irracionales, mínimos arbitrarios y, más grave aún, durante todos estos años pretendió responder a la complejidad conflictiva que abarca la ley penal prácticamente con una sola pena (privativa de libertad), con una sola alternativa (la condenación condicional) y con un único paliativo (la libertad condicional), regulando más recientemente el instituto de la suspensión del juicio a prueba, que sufrió un recorte aplicativo con un limitado campo de proyección. Por su parte, en orden a las llamadas medidas de seguridad, salvo la incidencia en algún caso de la reforma introducida por la ley 23.057, se ha mantenido una regulación incompatible con los principios constitucionales que ha posibilitado proyectar interpretaciones lesivas a la dignidad humana y carentes de toda operatividad.

En base a lo expuesto, el proyecto encara la reforma del sistema de consecuencias sobre la base de las líneas directrices que se relacionan sintéticamente a continuación.

Se establece claramente que la condición común e imprescindible para la aplicación de las penas y también de las llamadas medidas y de las consecuencias accesorias es el delito cometido. Cuanto menos, en el caso de las llamadas medidas, es necesario comprobar un ilícito penal. De ello surge el criterio de proporcionalidad: la culpabilidad como límite de la pena; la pena (del hecho ilícito) que hubiere correspondido al ilícito penal cometido como límite definitivo de la medida.

Se prescribe que la determinación, ejecución y control de las penas y medidas, debe ser competencia exclusiva de los jueces (principio de judicialidad, art. 7°). En ese sentido se amplían incluso las facultades judiciales (art. 8°, 9°, 26 y 27). Se apunta así a fortalecer la intervención y, consecuentemente, la responsabilidad judicial.

Otro principio central del nuevo sistema es que todas las penas deben cumplirse efectivamente, al menos dentro del sistema de sustitución regulado con alternativas. De este modo, el cumplimiento efectivo de pena en función del sistema de reemplazo por alternativas hace congruente la eliminación de la condenación condicional y de la libertad condicional.

Si condición común de las penas y de las llamadas medidas de seguridad y mejoramiento es el delito; el fundamento y límite de la pena es la culpabilidad (art. 8°). La culpabilidad aparece así como claro límite a la pena. Esta cuestión debe resaltarse porque en la fundamentación de la determinación de la pena, además de la naturaleza y gravedad del hecho, el lugar central es ocupado por la culpabilidad. Se trata de evitar la descalificada (por la doctrina) ideología tarifaria, esto es, la mecanización por la cual la actividad

de determinación quedó en alguna medida automatizada: el juez comprobaba el injusto y luego aplicaba una tarifa.

En función de este criterio y teniendo en cuenta la previsión limitada de figuras asociativas (sólo para delitos gravísimos), la derogación del término "banda" como calificante de varios delitos (atendiendo a los problemas hermenéuticos y las asistematicidades que aparejaba), así como el sistema de penas flexibles de la parte especial, en la cuantificación penal y dentro de las escalas conminadas, deberá ponderarse la pluralidad, participación y grado de organización de las personas intervinientes en el hecho.

Cabe poner de relieve que en el inciso c) del citado artículo se incluyó dentro de los supuestos referidos a los propósitos de persecución, el género u orientación sexual, en coincidencia con las sugerencias recibidas durante el procedimiento de consulta pública efectuadas por entidades u Organizaciones no gubernamentales dedicados a la protección de los derechos de la mujer.

Se prescriben tres penas principales (art. 5°): 1)privativa de la libertad -prisión-, 2)patrimonial -multa- y 3)privativa de derechos -inhabilitación-. Siguiendo las recomendaciones de Naciones Unidas se regula un sistema de reemplazo mediante un abanico de alternativas al tratamiento o ejecución de la pena de prisión que priorizan el respeto por la persona, persiguiendo un cometido de prevención especial y apuntan en algunos casos a solucionar o evitar la situación de conflicto.

La Comisión conoce que el efecto de estas alternativas, en cuanto a su eficacia, resulta discutible y depende en gran medida de la instrumentalización de controles que le den operatividad pero también puede dar cuenta del efecto

mortífero de la institucionalización, a través del índice de mortalidad violenta y suicida en libertad y en prisión. Se propone entonces un sistema cuyos efectos sean ampliamente superadores de lo existente.

Congruentes con los principios constitucionales y dada su comprobada inutilidad, se suprimen las penas perpetuas (lesivas a la intangibilidad de la persona y constitutivas de una *capitis diminutio*) y la reclusión por tiempo indeterminado como accesoria de la última condena (que afecta la legalidad y proporcionalidad de las penas y el principio de culpabilidad). Se reduce la pena privativa de libertad a la prisión (eliminándose la reclusión -de origen infamante- en consonancia con la posición mayoritaria de la doctrina, la reforma de la ley penitenciaria nacional y recientes decisiones de la Corte Suprema de Justicia de la Nación), se suprime la pena accesoria de inhabilitación que regulaba el artículo 12 del Código Penal, como resabio de la muerte civil y en consonancia con la prohibición de doble punición se deja sin efecto el instituto de la reincidencia y multireincidencia, junto a todos los efectos agravantes de la primera -tanto penales como procesales-, como la posibilidad de la pena de reclusión por tiempo indeterminado que se conminaba para la segunda. En función de la clara raigambre constitucional de los criterios sustentados por la Comisión, no han sido receptadas las objeciones formuladas por algunas Organizaciones no gubernamentales participadas.

Las llamadas medidas de seguridad y mejoramiento (internación en un establecimiento psiquiátrico adecuado o en uno de deshabitación -art. 6°-) quedan sometidas al mismo régimen de garantías político criminales, formales y materiales que rodean la aplicación de la pena.

Esos lineamientos se corresponden, por un lado, con el mandato constitucional de respeto a los derechos fundamentales que debe mantenerse siempre y, especialmente, en los momentos de crisis, porque es allí donde encuentran mayor sentido y justificación. Por otra parte, se corresponden también a una mayor operatividad y utilidad social.

En base a ellos, en relación a las penas se establece, como se ha señalado, que éstas deben ser proporcionales al ilícito cometido y a la culpabilidad del autor (art. 8°). No puede haber pena que vaya más allá de la culpabilidad. Sin embargo, el juez podrá eximir de pena o determinarla por debajo del mínimo en los supuestos de insignificancia (atendiendo al principio de lesividad) o en los casos llamados de pena natural.

Se reforma todo el sistema de la pena de prisión. Se propone su utilización para hechos graves y para delitos de menor gravedad se proyectan una serie de posibilidades alternativas al encierro e incluso, antes de la condena, la suspensión del proceso a prueba. Se regulan así una serie de alternativas consistentes en la detención de fin de semana, el arresto domiciliario, la prestación de trabajos a la comunidad, el cumplimiento de instrucciones judiciales, la multa reparatoria, la prohibición de residencia y tránsito y la obligación de residencia (arts. 18 a 25). Con ello se da cumplimiento además a las recomendaciones de Naciones Unidas de introducir medidas no privativas de la libertad que constituyan otras opciones y posibiliten reducir la aplicación de la prisión.

El sistema de reemplazo a la ejecución de la prisión se regula en los artículos 26 y 27, a fin de hacer siempre efectiva la pena. Con ello, la de prisión que no exceda de

TRES (3) años puede reemplazarse en su ejecución por algunas de las alternativas y bajo las condiciones del artículo 26. La pena de prisión que va de TRES (3) a DIEZ (10) años y la pena de prisión superior a DIEZ (10) años, exigen un mínimo de cumplimiento efectivo consistente en la mitad de la pena o en los dos tercios respectivamente. En ambos casos, el resto de la ejecución de la prisión podrá reemplazarse por las alternativas, bajo las condiciones del artículo 27. En todos los casos el reemplazo puede cancelarse si el condenado comete un nuevo delito o no acata los sustitutos. Se eliminan de esta forma la condenación condicional y la libertad condicional cuyos sentidos quedan abarcados por el sistema proyectado. En este sentido cabe destacar los extensos y fundados informes presentados por distintas entidades públicas, especialmente en lo que respecta a los comentarios y observaciones a las penas alternativas a la privación de la libertad, entre otros, que abunda en conceptos favorables a la propuesta contenida en este anteproyecto, sin perjuicio de señalar que a su entender el enunciado de medidas no debería estar cerrado y que se debería dejar a las partes la posibilidad de sustituir a la prisión de cualquier otra forma.

Retomando la exposición acerca de lo normado sobre la pena privativa de la libertad, cabe puntualizar que se fija un límite general de VEINTICINCO (25) años para la prisión (máximo de la pena del homicidio doloso), entendiéndose que una pena mayor a ese tiempo puede tornarse innecesaria y romper la proporcionalidad (art.11). El límite se amplía a TREINTA (30) años para los delitos contra la humanidad, la tortura con resultado muerte y los homicidios calificados, en los que no sólo se ha considerado la gravedad y naturaleza de los hechos y su dañosidad sino la necesidad de guardar coherencia y



proporcionalidad con las escalas penales de los otros hechos punibles.

En relación a la prisión preventiva se prescribe el cómputo ordinario con el criterio de UN (1) día de detención o prisión preventiva por UNO (1) de prisión o UNO (1) de día-multa, atendiendo a la supresión de la pena de reclusión y con los eventuales alcances de la Ley N° 24.390 pero se incluye expresamente que en el cómputo no sólo deberá incidir la detención o prisión preventiva por hechos por el que fuera condenado el autor sino también, bajo ciertas condiciones, la sufrida por otros hechos en los que hubiere sido sobreseído o absuelto (art. 10). Sin perjuicio de ello, la Comisión advierte sobre la necesidad de formular en los ámbitos competentes una reglamentación uniforme sobre medidas procesales no privativas de la libertad que apunten a garantizar la realización de los procesos penales. Ello en tanto la realidad ha convertido a la detención o prisión preventiva —ya bajo el pretexto cautelar o incluso con explícitos fines asegurativos—, en la forma corriente de cumplir la pena de prisión, lo cuál merece un serio reparo constitucional.

Precisamente, en el convencimiento de que la función de asegurar el juicio es excluyente del estado, al regular el cómputo de prisión preventiva (convertida hoy en la respuesta principal del sistema penal a pesar de la presunción de inocencia), se prescribe que la detención o prisión preventiva sufrida por una persona que resulte absuelta o sobreseída le dará derecho a ser compensada por el Estado.

En orden a la pena de multa se incorpora al Código el sistema escandinavo de días-multa que tiene la ventaja de considerar tanto al condenado de mayores ingresos como al de

menores recursos. De este modo, se persiste en la idea de efectividad de la pena que permitirá adecuar la sanción a la capacidad económica real de cada condenado. El mínimo de la pena queda determinado en CINCO (5) días y el máximo en SETECIENTOS VEINTE (720) días. De ello se deriva el límite de la multa en el Código Penal. El importe de cada día-multa se establece como mínimo en la décima parte del salario mínimo vital y móvil y como máximo hasta CINCO (5) salarios de esa categoría. En caso que el penado no tenga capacidad de pago no corresponderá su aplicación y, en su lugar, podrá reemplazarse con trabajos para la comunidad (arts. 13 y 14).

El sistema relacionado no rige para las personas jurídicas (art. 68). Se establece para el caso que, bajo las condiciones reguladas (art. 67), corresponda aplicar la sanción de multa, siendo el importe fijado conforme la magnitud del daño causado y el patrimonio de la entidad hasta un máximo equivalente al TREINTA Y TRES POR CIENTO (33%) del patrimonio neto de la entidad de conformidad con las normas de contabilidad aplicables.

Respecto a la pena privativa de derechos, se mantienen la inhabilitación absoluta (art. 15) y la especial (art. 16). Se suprime como efecto de la inhabilitación absoluta la suspensión del goce de toda jubilación, pensión o retiro por resultar lesiva a derechos constitucionales. Asimismo se aclara que la privación del derecho electoral sólo puede establecerse para ser electo, porque el principio republicano adoptado por la Constitución obliga a evaluar la idoneidad personal de los funcionarios públicos pero no puede ser consagrada para ser elector dada la inexistencia de norma constitucional alguna que imponga tal tacha y la ley infraconstitucional no puede establecer distinciones al

respecto. En orden a la inhabilitación especial se mantiene además la inhabilitación especial complementaria o móvil cuando el delito importe incompetencia o abuso en el ejercicio de ciertos derechos o profesiones. Finalmente, se regula bajo ciertas condiciones la rehabilitación que requiere en todos los casos el cumplimiento de la mitad del plazo impuesto en la condena, y se establece un límite máximo de DIEZ (10) años, derivando de ello el límite de la pena de inhabilitación (20 años).

Se suprime la pena accesoria de inhabilitación absoluta y la incapacidad civil cuya fuente lejana se remonta a la muerte civil. La incapacidad civil ya había sido dejada de lado en el proyecto Soler, en el de 1973, en el proyecto Perl-Fappiano, en el de 1994 y en el Anteproyecto de 1998, con base en que para suplir la eventual incapacidad de hecho lo más simple es aplicar los procedimientos comunes del derecho civil.

Junto a las penas para autores culpables, se regula una vía de medidas de seguridad y mejoramiento para quienes han actuado sin capacidad de culpabilidad (art. 34 inc. h) o con capacidad de culpabilidad disminuida (art. 35 inc. e). También para el condenado con adicción al consumo de bebidas alcohólicas, drogas, etc., por un hecho cometido bajo sus efectos. Sin embargo, en este caso, la medida no tendrá lugar cuando el tratamiento de deshabitación apareciera como inútil (principio de necesidad -art. 29-).

El artículo 30 posibilita la aplicación acumulativa de pena y medida para los casos de culpabilidad disminuida o de condenados por hechos cometidos bajo los efectos de adicción al consumo de bebidas alcohólicas o drogas (art. 29, primer párrafo), adhiriendo a un sistema vicarial que obliga a

deducir de la pena el tiempo de ejecución de la medida (art. 30) pudiendo incluso, en caso de haberse ejecutado totalmente la medida antes que la pena, reemplazarse la ejecución del resto de la pena por algunas de las alternativas a su ejecución, conforme los artículos que regulan el sistema de reemplazo (art. 31). Si la medida se aplica conjuntamente con pena no privativa de la libertad, el tribunal podrá ordenar que la pena se cumpla antes que la medida si con ello se puede alcanzar más fácilmente el fin de ésta última (art. 30, última parte).

La reforma introduce así profundas modificaciones dotando de mayor racionalidad a la regulación de las llamadas medidas. La aplicación de la internación en un establecimiento psiquiátrico adecuado es facultad del juez y si bien requiere como base la comisión de un hecho típico y antijurídico, depende necesariamente de que se compruebe que como consecuencia del estado del autor sea de esperar la comisión de relevantes hechos ilícitos. La internación tiene un límite temporal máximo, en tanto en ningún caso podrá exceder el tiempo que hubiere durado la pena si el sujeto hubiera sido declarado culpable, a cuyo efecto el juez deberá fijarla en la sentencia. Sin embargo, podrá cesar antes si desaparecen las condiciones que la motivaron. Si vencido el límite máximo persiste la necesidad de atención siquiátrica o internación el tribunal deberá dar intervención al juez civil (art. 482 y conc. C.C. y Ley N° 22.914). De esta forma se establece claramente el principio de proporcionalidad con el injusto cometido, sin perjuicio de la curatela civil (art. 28).

Del mismo modo, y con iguales garantías, se regula la internación en establecimiento de deshabitación cuando una persona con adicción al consumo de bebidas alcohólicas,

drogas, etc., fuese condenada por un hecho cometido bajo sus efectos (art. 29).

En cualquier caso, junto a la proporcionalidad de la medida (arts. 28 y 29), en tanto nada justifica –por el mismo hecho–, un tratamiento más gravoso del inimputable que del culpable (tal como ocurre en la legislación actual), se ha privilegiado también la recuperación de la persona enferma que ha cometido un hecho típico y antijurídico. Por un lado, la aplicación de la medida debe considerarse excepcional y sólo para aquellos casos en que por el estado del autor fuese de esperar la comisión de hechos ilícitos graves (principio de necesidad –arts. 28 y 29–). Por otra parte, se dota al sistema de una total flexibilidad en su aplicación facilitándose el cese, sustitución, suspensión o reemplazo, siempre con control e intervención judicial y en procedimiento contradictorio (principio de subsidiariedad –art. 32–).

-VI-

En orden al sistema del hecho punible se ha establecido expresamente, de manera precisa y compatible con el principio de legalidad y su derivado de culpabilidad, que sólo son punibles las acciones u omisiones dolosas descritas en la ley a menos que también se disponga pena para las culposas. De ello derivan dos consecuencias: (a) no existe equivalencia entre acción y omisión; por ello, en orden a los delitos omisivos –en especial, los llamados delitos impropios de omisión– sólo su tipificación en la parte especial habilita la punición, con fundamento en el principio de legalidad que exige la máxima taxatividad; y, (b) no existe hecho punible sin dolo o culpa; de este modo, se pretende excluir de nuestra

legislación cualquier resabio del *versari in re illicita* o de la llamada "responsabilidad objetiva", que viola expresamente el principio de culpabilidad al pretender imputar y responsabilizar penalmente por hechos con los cuales la persona no tiene relación subjetiva alguna.

En el artículo 34 se regulan las eximentes completas, teniendo en cuenta los distintos niveles de análisis y categorías que la teoría del delito ha elaborado, es decir, acción, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad. El efecto de estas eximentes es la exclusión de pena.

En el inciso a) se prescribe la falta de acción por fuerza física irresistible y estado de inconsciencia absoluto, supuestos en los que la falta total de conciencia excluyen directamente acción, distinción ésta ya consolidada en doctrina y jurisprudencia.

El inciso b) regula el error de tipo que la Comisión ha estructurado sobre la base de la distinción entre error sobre los elementos constitutivos del hecho penal y sobre la prohibición del hecho, receptando expresamente una distinción que la doctrina y jurisprudencia mayoritaria y la legislación comparada han consagrado desde hace tiempo.

En orden a otras causales, se ha mantenido la fórmula del cumplimiento de un deber, autoridad o cargo, por considerar que tiene tradición en nuestro país y no merece objeciones relevantes.

Del mismo modo, en materia de causas de justificación, además del ejercicio de un derecho, se ha regulado sin grandes variantes el tipo de la legítima defensa propia y de terceros (incisos d y e). Sólo se ha introducido un cambio en torno a la llamada legítima defensa presunta, previéndose expresamente

que la presunción establecida admite prueba en contrario, de manera que pueda ser rebatida y discutida en el proceso.

El inciso f) describe el estado de necesidad justificante manteniéndose como base la fórmula del código vigente y previéndose expresamente tres limitaciones de importancia que, por vía interpretativa, ya había reconocido doctrina y jurisprudencia. La primera de ellas, es que la acción sea necesaria y adecuada para apartar el peligro, dándose de esta forma un criterio de razonabilidad en el sentido de la valoración de los bienes. En segundo lugar, no podrá invocar la causa de justificación quien haya creado intencionalmente la situación de necesidad o de peligro para el bien jurídico. Por último, tampoco entra en la eximente quien esté obligado a soportar el peligro, piénsese en este caso, vgr. en los bomberos

En el inciso g) se ha regulado expresamente la llamada no exigibilidad de otra conducta, también mayoritariamente reconocida en la doctrina, jurisprudencia y legislación comparada. Sin embargo, y en base a esas mismas fuentes, se ha buscado limitar el instituto en dos niveles. Por un lado, en relación a los bienes jurídicos afectados que se limitan sólo a la vida, la integridad corporal y la libertad. No hay dificultad en los dos primeros, que abarcan todo lo que pueden ser delitos contra la vida y la integridad corporal. En cuanto a la libertad, se incluyen, además de los delitos específicos, todos los actuales delitos contra la integridad sexual, ya que en el fondo siguen siendo ataques a la libertad sexual. De otra parte, se ha limitado la eximente a los casos en que se obre para eliminar un peligro propio, de un pariente o de otra persona estrechamente vinculada al autor. La limitación tiene sentido, ya que se trata de uno de los supuestos en los cuales

hay una grave reducción de la libertad de la persona, de modo que se pueda decir que su acto no es su obra, sino consecuencia de la coacción.

Aún cuando se establece que la eximente no rige en los casos en que la persona está obligada a soportar el peligro, ya porque lo ha provocado voluntariamente (dejando afuera los casos de estado de necesidad por imprudencia o negligencia) o cuando existe una relación jurídica especial que obliga al autor a afrontar el peligro, se prevé una disminución facultativa de la pena, según la escala de la tentativa.

El inciso h) da cuenta de la llamada inimputabilidad o incapacidad de culpabilidad. Para referenciar las causas se ha apelado a la fórmula amplia de cualquier anomalía o alteración síquica, permanente o transitoria, dejando así expresamente previstos los supuestos de trastornos mentales transitorios. En lo demás, se ha preferido mantener los términos de la comprensión de la criminalidad y la dirección de las acciones propias del artículo 34 inciso 1) del código vigente, en tanto lo decisivo es que cualquiera sea la anomalía o alteración, ya permanente o transitoria, deben haber impedido, en el momento del hecho, la comprensión de la criminalidad del hecho o la dirección de las acciones, conforme a esa comprensión.

En los incisos i), j) y k) se regula el error de prohibición sobre la base de la teoría estricta de la culpabilidad. Se contempla tanto el error directo como el indirecto sobre la norma, incluyendo a quien no la ha comprendido o cree que ella no se aplica en su caso, así como a quien obra creyendo que su actuación está avalada por circunstancias fácticas sobre una causal de justificación. Se exime de pena solo si el error es invencible y se establece una regulación propia cuando resulta vencible.



En el inciso 1) se prevé también como supuesto de exclusión de pena el del exceso en los límites de la legítima defensa y del estado de necesidad justificante, es decir, la situación de quién comenzando a actuar justificadamente excede los límites de la justificación por miedo insuperable. Precisamente, la exigencia de miedo insuperable resulta determinante para la eximente.

En el artículo, en relación a los menores de edad, se ha optado por modificar la previsión contenida en la versión antecedente (que fijaba la edad de 18 años como límite máximo para establecer la responsabilidad penal plena), por la actual que dispone que la responsabilidad de los menores de DIECIOCHO (18) años se establecerá por una ley especial. Sin perjuicio de entender que la edad referida como límite resulta en un todo compatible con el régimen de la Convención sobre los Derechos del Niño, que establece que se considera niño a todo menor de DIECIOCHO (18) años de edad.

En el artículo 35 se han regulado las eximentes incompletas, cuyo efecto es la disminución de pena. Con ello se institucionaliza una construcción que tenía reconocimiento doctrinario y jurisprudencial, y se proporciona un esquema previsible para que el poder judicial pueda moverse correctamente y con fundamento en los dispositivos legales.

Dentro de este marco se regulan las consecuencias del error vencible sobre algún elemento constitutivo del hecho penal (error de tipo vencible), reduciéndose la pena a la prevista para el delito culposo (inc. a), siempre que el mismo se encuentre tipificado.

En el caso de error vencible de prohibición (inc. b) la Comisión ha entendido que la pena adecuada es la de la tentativa, solucionando un problema grave en la doctrina

argentina, que había discutido sobre el punto. La misma reducción de la sanción tendrá el supuesto del error sobre los presupuestos de una causa de justificación (inc. c). Fundamentos de orden dogmático, acompañados de razones de orden político criminal motivaron el consenso de la Comisión por la solución que favorece la llamada teoría estricta de la culpabilidad.

El inciso d) establece una sanción menor en los casos en los que el sujeto haya actuado creyendo que su ilícito era de menor entidad. En este caso, la pena se reducirá según la sanción del delito que el sujeto haya creído cometer.

Por último, en el inciso e), se ha regulado la capacidad de culpabilidad disminuida, o la llamada imputabilidad disminuida, que abarca los casos donde las causas del artículo 34 inciso h) solamente han logrado disminuir la capacidad de comprensión de criminalidad o de dirección de los actos. En estos casos se aplicará la disminución de pena prevista para la tentativa.

La comisión resolvió mantener, en general, las disposiciones sobre tentativa y desistimiento voluntario (título V, arts. 36, 37 y 38), en el entendimiento de que no han generado mayores inconvenientes interpretativos. Sólo se han introducido dos modificaciones. La primera en orden a la penalidad del delito tentado, previéndose una disminución de la escala conminada en la mitad del mínimo y del máximo de la pena correspondiente al delito consumado. Aún cuando de acuerdo a las pautas del Código Penal del 1921 se estimó correcto el criterio según el cuál primero se fija el mínimo de la pena y después el máximo, la Comisión ha considerado adecuada una reducción de la penalidad en la mitad del mínimo y la mitad del máximo, uniformando así las variantes

interpretativas existentes sobre el texto actual. A esos efectos, se ha estimado que cualquier razón político criminal de determinación de la escala de la tentativa debe someterse a los principios constitucionales y, en este sentido, la lesividad y el distinto grado de conflictividad obligan a establecer una pena claramente diferenciada entre un delito consumado y otro tentado.

En segundo lugar, se establece que en caso del llamado delito imposible la pena podrá eximirse o reducirse al mínimo legal teniendo en cuenta el peligro corrido por el bien jurídico. De este modo, se elimina toda referencia expresa o implícita a la "peligrosidad", propias de un derecho penal de autor, lesionando los principios constitucionales que condicionan la actividad legislativa y jurisdiccional penal de un Estado de Derecho, tal como recientemente lo ha sostenido la Corte Interamericana de Derechos Humanos (caso Fermín Ramírez c. Guatemala, sentencia 20 de junio de 2005); Asimismo, se adopta un criterio uniforme en orden al diverso entendimiento de los supuestos de "delito imposible", al quedar referenciada su configuración sólo por el peligro al bien jurídico, resultando atípicos otros supuestos.

Con respecto al Capítulo sobre autoría y participación criminal, se mantiene el criterio de la diferenciación real entre autor, instigador, cómplice primario y secundario. Se ha respetado en general la fórmula vigente avalada por distintas construcciones dogmáticas. La única modificación consiste en referir expresamente a la autoría mediata y reformular en una misma disposición los distintos niveles de intervención en el delito, definiendo la autoría, coautoría, autoría mediata, instigación, complicidad primaria y complicidad secundaria. Se prescribe el mismo sistema de consecuencias consagrado en el

código vigente, y se prevé una pena diferenciada (disminuida) sólo para la complicidad secundaria. En lo demás se mantiene el texto vigente de los artículos 47, 48 y 49 del Código Penal.

En el artículo 43 se prescribe la fórmula del "actuar en lugar de otro", llenando así un vacío legal que había sido parcialmente corregido en algunas leyes especiales. Su regulación en la parte general permite evitar la impunidad de aquellos supuestos en que el ejecutor actúa en representación o interés de otro (por ejemplo, una persona jurídica) pero que, por la formulación típica, no pueden ser imputados sin lesionar el principio de legalidad. La fórmula amplía previsiblemente el círculo de autores y la punibilidad de los intervinientes y se proyecta de modo uniforme, en función del artículo 4°, a las leyes especiales. Cabe señalar que aún cuando se ha seguido la fórmula introducida en varios códigos extranjeros, se ha preferido el término "en lugar de otro" antes que "en representación de otro", procurando no dejar dudas acerca de su referencia -también- a situaciones de hecho.

Dentro del Título VII se han regulados las disposiciones sobre concurso de delitos y unificación de condenas y penas.

Se ha mantenido la fórmula originaria del concurso ideal (art. 44).

El concurso real de delitos se ha regulado en una sola disposición pero limitado ahora a la concurrencia de hechos independientes reprimidos sólo con pena divisible de prisión. La escala penal se determina en estos casos partiendo del mínimo mayor y acumulando los máximos pero con un límite expreso de VEINTICINCO (25) años por remisión al artículo 11.

Sólo en los supuestos de delitos contra la humanidad y los homicidios agravados este máximo puede elevarse a TREINTA (30) años. La norma proyectada es consecuencia directa de la supresión de las penas perpetuas y de la pena de reclusión. Por otra parte, se establece que la regla no rige para las penas de multa e inhabilitación, aunque en función del artículo 1° el juez podrá limitar su cuantía. En este punto cobran sentido, además, las pautas limitadoras del artículo 13 y del artículo 17 respectivamente.

Se ha procurado superar otra cuestión discutida desde hace tiempo en doctrina y jurisprudencia y se ha optado por regular expresamente el llamado "delito continuado" (art. 46) como supuesto de unidad delictiva, tomando posición por el criterio amplio que admite en el plano objetivo (dentro de la unidad de bien jurídico), que la continuidad pueda darse entre tipos calificados y tipos básicos. Por ello se establece que la pena aplicable será la mayor de las previstas para los hechos dependientes.

En los artículos 47 y 48 se completa, en base al principio de racionalidad, la regulación del principio de unidad de la respuesta punitiva, diferenciándose los supuestos de unificación de condenas y de unificación de penas. Se ha referenciado dentro de la norma el supuesto común de unificación de condenas (ninguno de los delitos es posterior a la condena) y el caso en que mediando un concurso real de delitos, por diversas razones, no se haya procedido a la unificación. Asimismo se establece expresamente la solución en los casos en que hubiese intervenido la justicia ordinaria y la federal, correspondiendo a la primera la unificación.

Finalmente se regula el supuesto de unificación de penas, que procede cuando por el nuevo hecho se dicta

sentencia condenatoria estando vigente una condena anterior. En estos supuestos también corresponderá establecer una pena total unificando la pena de la primera condena o lo que restase cumplir de ella con la pena del segundo hecho, en función de la regla del artículo 45. Dado que la unificación debe efectuarse entre las penas de prisión impuestas, se establece que también la pena unificada podrá reemplazarse, si correspondiere, cuando la misma no exceda de TRES (3) años, conforme al artículo 26.

-VII-

Un cambio significativo se ha introducido en la normativa vinculada al nacimiento, ejercicio y extinción de la acción penal. Más allá de la discusión sobre la pertinencia de su regulación en la ley de fondo, se adhiere a la posición afirmativa en este punto, y la reforma introduce -por un lado- el principio de oportunidad; y por otro, reconoce y jerarquiza el lugar de la víctima y sus derechos e intereses.

Estas reformas se proyectan sobre la cuestión más operativa del sistema penal y, por ello, tienen gran incidencia en la búsqueda de eficacia en la respuesta punitiva. La idea de que todos los delitos deben perseguirse y castigarse, cuyo origen está históricamente vinculado al fuerte proceso de concentración y verticalización de poder generado por la Inquisición y consecuentemente ligado al llamado modelo de procedimiento inquisitivo (de profunda incidencia en la configuración de los sistemas de enjuiciamiento de nuestro país que recién se comenzó a abandonar en la última década), choca con una realidad cuyos efectos han sido diametralmente opuestos a la pretensión

declamada y que se traducen en la falta de eficacia en la persecución penal, en el dispendio inútil de recursos humanos y presupuestarios y en la consolidación -paradojal- de criterios subterráneos de selección tanto en sede policial como judicial (fuente de grandes arbitrariedades). Como si fuera poco, las estadísticas oficiales y las encuestas de victimización dan cuenta de algunos datos elocuentes: el sistema de justicia penal se ocupa de muy pocos casos en relación al total de los que han sido relevados en lugares y tiempos concretos, circunstancia demostrada además por la amplitud de la llamada "cifra negra", a lo que debe sumarse que el porcentaje de sentencias en relación al conjunto de conflictos ingresados al sistema de justicia es bajo, y el de las sentencias que concluyen en la imposición de una pena es ínfimo en relación al total de casos judicializados.

Con el mismo origen ideológico (proveniente de la Inquisición), la víctima pasó a ser la gran ausente en el modelo penal. La reforma propuesta recepta criterios formales de oportunidad y apunta a ganar en efectividad procurando que el sistema de justicia se ocupe de los casos relevantes y de su respuesta. Según esos criterios, cuando se toma conocimiento de la comisión de un hecho ilícito, la persecución penal puede no iniciarse o suspenderse por diversas razones, procurándose racionalizar el sistema de selección y ganar en eficacia. De este modo la legalidad es la regla, y el principio de oportunidad queda como excepción.

En ese mismo sentido se regula la suspensión del proceso a prueba, despejando las dudas interpretativas sobre su actual regulación y posibilitando una aplicación acorde a su fundamento y sentido.

En todos los casos se revaloriza el rol de la víctima, ausente en el modelo penal, defecto estructural el referido procedimiento inquisitivo, de muy difícil superación. Se busca entonces, darle mayor intervención y protagonismo y se la introduce en varias disposiciones. Se combina así una estrategia prudente de descongestión del sistema en consonancia con los intereses de la víctima y se amplía el catálogo de delitos dependientes de instancia privada y de delitos de acción privada. Además, la opinión de la víctima juega un papel decisivo, pudiendo convertirse en única titular e impulsora de la acción penal, en caso de acogerse el criterio de oportunidad, agregándose a este efecto un nuevo inciso en la norma que regula los delitos de acción privada.

En base a estos lineamientos, en el artículo 49 se establece el principio de oficialidad y obligatoriedad de la acción penal pública, admitiéndose también su ejercicio por parte de la víctima en las condiciones establecidas por las leyes procesales. A continuación se prescriben los criterios de oportunidad facultándose al titular de la acción pública a no promoverla o desistir de la ya promovida en supuestos de insignificancia, pena natural, pena ya sufrida o conciliación con reparación de daños en hechos patrimoniales cometidos sin violencia o intimidación o en delitos culposos, salvo que existan razones de seguridad o interés público.

Tal como se ha dicho arriba, se amplía el catálogo de delitos dependientes de instancia privada (art. 50), privilegiando la decisión de la víctima no sólo por cuestiones que hacen al derecho a la intimidad sino también por intereses concretos (en hechos de menor gravedad o de contenido patrimonial: hurtos, daños, etc.). Se amplían los supuestos de de delitos de acción privada (art. 51), debido a la inclusión



de un inciso referido al pago con cheques sin provisión de fondos, al tiempo que se optó por suprimir el inciso que hacía mención del incumplimiento de deberes de asistencia familiar, y se trasladó el inciso referido a la violación de domicilio como delito dependiente de instancia privada. Los cambios introducidos se estimaron convenientes para la mejor tutela de los derechos de la víctima.

El proyecto mantiene el instituto de la suspensión del proceso a prueba pero introduce significativas modificaciones, tratando de superar definitivamente los recortes que terminaron desnaturalizando el sentido y utilidad del instituto, limitándolo a unos pocos delitos dolosos cuya pena no fuera superior a TRES (3) años. Por ello, se establece que, bajo ciertas condiciones, podrá solicitar la suspensión del juicio a prueba el imputado de uno o más delitos de acción pública, reprimido con pena de prisión que no exceda de TRES (3) años en su mínimo y, además, que si el delito atribuido tiene pena de inhabilitación podrá igualmente suspenderse el proceso imponiéndose en calidad de regla de conducta la realización de actividades que tiendan a remediar la presunta incompetencia. De este modo se posibilita el juego del instituto en delitos dolosos con pena superior a TRES (3) años (en la medida que el mínimo no exceda de TRES -3- años) y en el campo de los delitos imprudentes que, por efecto de algunas interpretaciones jurisprudenciales, fue excluido por conminarse en la mayoría de los tipos culposos la pena de inhabilitación.

El Título IX se ocupa de las disposiciones sobre extinción de la acción penal y de las penas. El artículo 53 da cuenta de las causas de extinción de la acción, agregándose el supuesto en que ella deba declararse luego de la suspensión

del proceso a prueba. Los artículos 54 y 55 refieren a los efectos de la renuncia del agraviado en los delitos de acción privada y de la amnistía. En éste último caso, se establece expresamente la prohibición de amnistía para los delitos contra la humanidad, tortura, alzamiento en armas y concesión de facultades extraordinarias, y los supuestos del artículo 36 de la CONSTITUCIÓN NACIONAL, ampliándose los alcances de la disposición prevista en la versión antecedente en correspondencia con los cambios introducidos en prescripción de la acción y de la pena. Se mantiene en el artículo 56 la regulación sobre extinción de la acción penal en los delitos reprimidos con multa, dándose tratamiento diferenciado según el pago se realice en la etapa de instrucción o de juicio. Asimismo se prescribe que no podrán hacer uso de este derecho los funcionarios públicos en las causas en que se encuentran imputados de delitos cometidos en el desempeño de su función.

En el artículo 57 se establecen las condiciones y plazos de la prescripción de la acción penal. La norma ha sido adecuada a la eliminación de las penas perpetuas y lo establecido por convenciones internacionales sobre la imprescriptibilidad de los delitos contra la humanidad, la tortura, extendiendo el criterio a los delitos de alzamiento en armas y concesión de facultades extraordinarias, y a los supuestos previstos en el artículo 36 de la CONSTITUCIÓN NACIONAL, ampliando los alcances de la disposición prevista en la versión antecedente. Asimismo, oída la opinión fundada de relevantes entidades públicas, se adopta una nueva redacción respecto de los crímenes de guerra

El artículo 58 regula las causas de suspensión e interrupción de la acción penal. Se agrega como causa de suspensión la motivada por la aplicación del instituto de la

suspensión del proceso a prueba, como así también en la redacción actual el caso de que la víctima fuere menor, hasta que ésta cumpla los DIECIOCHO (18) años. Además, por razones técnicas, se efectuó un reordenamiento del texto. Respecto a las causas de interrupción se elimina como tal el llamado a prestar declaración indagatoria, especialmente por tratarse de un acto de defensa del imputado, siguiendo la corriente doctrinaria y jurisprudencial mayoritaria que no admite actos interruptivos en la etapa de instrucción. Sin embargo, se incorporan con ese efecto la declaración de rebeldía y la solicitud de extradición, en tanto actos procesales dictados como consecuencia de la acción elusiva del imputado, y para los delitos de acción privada la primera convocatoria a las partes a la audiencia de conciliación. Por lo demás, se mantienen con efecto interruptivo la comisión de otro delito sobre el que haya recaído sentencia condenatoria firme, el auto de citación a juicio y la sentencia condenatoria. En la actual versión se incorporó también, una causal referida a la interposición de la querrela en los delitos de acción privada, subsanando así una omisión que, al respecto, presentaba la antecedente.

En relación a la comisión de otro delito, se ha optado por la exigencia de que así sea declarado en sentencia condenatoria firme y a partir de la fecha en que ésta es dictada.

En relación a las causales interruptivas de la prescripción de la acción penal, esta Comisión ha relevado las fundadas presentaciones de diversas entidades y organismos públicos. Luego de un profundo debate consideró mantener el texto oportunamente definido en la versión antecedente de este Anteproyecto, con la última incorporación aludida.

El artículo 59 regula lo referente a la prescripción de las penas. En este punto la reforma introduce expresamente el término de prescripción para la pena de inhabilitación, cuyo vacío había dado lugar a diversas posiciones interpretativas. Se excluyen de los beneficios de la prescripción las penas impuestas por delitos contra la humanidad, tortura, alzamiento en armas y concesión de facultades extraordinarias, y supuestos del artículo 36 de la CONSTITUCIÓN NACIONAL, ampliándose los alcances de la disposición prevista en la versión antecedente, en correspondencia con lo actuado con respecto a la prescripción de la acción penal, habiéndose considerado sugerencias de autorizados organismos públicos. Finalmente se prescriben los efectos del indulto y del perdón de la parte ofendida en delitos de acción privada. Se mantiene, en general, la norma sobre el inicio de la prescripción de las penas y sobre las causas de interrupción de la prescripción (comisión de otro delito) y se agrega como causa de suspensión de la prescripción el supuesto en que la ejecución de la pena se encuentre legalmente diferida.

En el Título X se mantiene, en general, el texto del artículo 51 según Ley N° 23.057, referente a la cancelación de los registros penales y en un todo de acuerdo con los fundamentos que justificaron oportunamente su sanción. Sólo se introducen modificaciones tendientes a adecuar la norma al nuevo sistema de penas previsto en el proyecto, en tanto resulta necesario contemplar la derogación de las penas perpetuas y de la condenación condicional así como el sistema de reemplazo de la de prisión por penas alternativas. También se habilita la información a los efectos del artículo 10, segunda parte.

En el Título XII se regulan los efectos de la condena, especialmente las disposiciones sobre la pérdida del producto de las ganancias provenientes del delito y el comiso, de significativa relevancia en el ámbito de los delitos económicos y en la delincuencia de los negocios, ampliando las posibilidades del estado de poner los instrumentos y objetos del delito fuera del alcance de los delincuentes y de recuperar con destino social las ganancias y ventajas provenientes del hecho punible (arts. 62 y 63).

Los artículos 64, 65 y 66 contienen las disposiciones sobre reparación de perjuicios (Título XII). Se prevé el derecho de la víctima de introducir la pretensión reparatoria en el proceso penal (vía acción civil) y se establecen las reglas de preferencia y solidaridad en la obligación de indemnizar, así como los efectos de la insolvencia parcial o total del condenado.

En el Título XIII (arts. 67 y 68), y como consecuencia accesoria del delito, se regula el sistema de sanciones a la persona jurídica, tendiente también a procurar una mayor eficacia represiva en el ámbito de los delitos económicos y de los negocios. Un sistema de respuesta para las personas jurídicas que posibilite neutralizar y, en algunos casos, reparar las lesiones colectivas que producen gravísimos daños económicos y sociales. Se regula así un catálogo de consecuencias que apuntan básicamente a la prevención y reparación de los daños causados, que consisten en: multa, cancelación de la personería jurídica, suspensión total o parcial de actividades que en ningún caso podrá exceder de tres años, clausura total o parcial del establecimiento que en ningún caso podrá exceder de tres años, pérdida o suspensión de beneficios estatales, publicación de la sentencia

condenatoria a su costa, prestaciones obligatorias vinculadas con el daño producido, comiso, suspensión del uso de patentes y marcas por un plazo de hasta TRES (3) años, suspensión de hasta TRES (3) años en los registros de proveedores del Estado. Su aplicación queda supeditada a la circunstancia de que la entidad o persona jurídica haya tenido oportunidad de ejercitar el derecho de defensa y, obviamente, a la comprobación de un delito. Queda establecido que a esos efectos resulta suficiente que se haya demostrado el hecho típico y antijurídico. En la redacción actual, la Comisión ha optado, luego de una reconsideración del texto, por suprimir las sanciones de intervención judicial y auditoria periódica, incluidas en la versión precedente del anteproyecto, por considerar que dichas medidas son dictadas por jueces de competencia no penal.

Finalmente, en el título XIV (art. 69) se formula una interpretación auténtica sobre el significado y alcance de algunos conceptos empleados. Habiendo ponderado las observaciones de organizaciones de género, se incorporó en la redacción actual, como segundo párrafo del artículo, luego del enunciado inicial, un texto que expresamente prescribe que se considerarán masculinos y femeninos aquellos términos que correspondan, por principios de economía expresiva.

-VIII-

A partir de los lineamientos expuestos en la fundamentación del Libro Primero, se ha abordado la revisión y reformulación de los delitos en particular, considerando no sólo los previstos en el Libro Segundo del Código Penal sino además los tipos penales institucionalizados en diversas y numerosas leyes complementarias, tanto de naturaleza penal como extra-penal, que -a partir de una inadecuada técnica

legislativa y, en general, sin fundamentos político-criminales constitucionalmente admisibles—, han contribuido a una dispersión normativa incompatible con la necesidad de coherencia, sistematicidad y proporcionalidad que debe caracterizar a la legislación punitiva.

Cabe señalar que la dispersión normativa y la inconsistencia sistemática de la legislación penal argentina han sido consecuencia tanto del fenómeno de descodificación como de la llamada expansión del derecho penal.

De un lado, se ha acudido recurrentemente al criterio poco recomendable de incorporar normas penales en leyes de otra naturaleza. Es cierto que el fenómeno de descodificación puso en retirada cualquier legítima pretensión de orden sistemático y claridad prescriptiva, pero la función legisferante debe asumirse con un mínimo de responsabilidad para evitar asimetrías e incoherencias porque lo grave es que no sólo no se resuelve el problema real sino que, además, se conculca de manera expresa el valor de la seguridad jurídica.

Por otra parte, se han sancionado numerosas reformas parciales cuyos efectos respecto a la exigencia de orden metodológico y, peor aún, con relación a exigencias constitucionales, han sido superlativamente negativos. Se ha alterado el sistema legal del delito y la pena; se han generado inconsistencias sistemáticas de graves consecuencias; alterado el orden y jerarquía de los bienes jurídicos y se ha afectado superlativamente la regla de proporcionalidad de las penas.

El reproche a estas reformas no se funda sólo en la escasa o nula incidencia que ellas tienen en la prevención del delito y hasta en la construcción de la dimensión subjetiva de

seguridad, sino en el sacrificio de principios cuyo respeto hacen a la esencia de un Estado de Derecho.

Como si fuera poco, la desproporción de las escalas penales, la consagración de agravantes genéricas e incluso de agravantes específicas que potencian la cuantía de pena, no sólo conspiran contra la necesaria racionalidad y proporcionalidad de ellas sino, además, contra la propia efectividad de la respuesta punitiva, en tanto normalmente terminan generando impunidad, ya sea por la entendible tendencia de los jueces a no aplicar penas absurdas o por la declaración de inconstitucionalidad de distintas disposiciones penales.

Se intenta, por ello, recuperar la sensatez perdida y buscar el más alto grado de compatibilidad constitucional, en el convencimiento de que la legitimidad de las normas que describen una acción penalmente prohibida y habilitan la aplicación de una pena queda condicionada de inicio por el respeto a los principios y normas constitucionales.

A partir de estas consideraciones, el diseño de la parte especial se ha formulado siguiendo criterios rectores que se relacionan a continuación.

En primer lugar, se acude al método de la codificación, como exigencia constitucional de validez del sistema de legislación penal, en tanto respetando el principio de legalidad, dicha metodología se impone para garantizar la vigencia efectiva de aquél y para reafirmar el acceso a la ley como garantía del principio de culpabilidad. Desde esta perspectiva se propone una re-codificación del derecho penal que lo restituya a su función de última *ratio*.

Precisamente, se parte de reconocer que el derecho constitucional no se limita a imponer un determinado contenido



a la legislación, sino que también obliga a un tipo de metodología legislativa que se ha perdido en los últimos años y cuyos resultados son comprobadamente negativos.

En cumplimiento de tal cometido se ha revisado gran cantidad de disposiciones penales contenidas en las leyes especiales que en la parte pertinente han sido dejadas sin efecto, en tanto la materia penal en ellas prevista ha sido regulada dentro de los Títulos y Capítulos correspondientes de esta parte especial.

En su caso, se mantienen vigentes las disposiciones no penales y el régimen infraccional en los ítems que corresponde.

En segundo término, la Comisión ha resuelto, congruente con lo explicado al comentar la disposición general supletoria del artículo 4°, que las reglas generales son de aplicación a todos los delitos en particular, no existiendo razones político-criminales que habiliten excepciones y menos aún cuando algunas de ellas suponen –bajo el pretexto de una nunca comprobada mayor eficacia–, la lesión a los límites constitucionales que condicionan la actividad legislativa penal y una resignación ética inaceptable en un Estado de Derecho. En todos los casos las reglas deben ser observadas. De lo contrario, por vía de situaciones especiales o de emergencias se abre el amplio camino de la excepción y se invierte el orden natural de las cosas, mutando la excepción en regla. Sobre la base de este criterio, de apego estricto a la inscripción constitucional y avalado por los datos sociales que dan cuenta de la falacia eficientista de tales pretensiones, se dejan sin efecto todas las disposiciones que suponen alteración o consagración de excepciones a las reglas de la parte general. Ellas tienen ahora proyección a todos los

delitos en particular, sin ausencia alguna. De este modo, se efectiviza el respeto a los principios constitucionales y al contenido de los tratados internacionales de derechos humanos y, además, se gana en efectividad. El apego a los límites y la razonabilidad y racionalidad de las reglas de imputación y de la respuesta punitiva son garantía de su efectiva aplicación.

De este modo, un único cuerpo normativo refleja los principios y reglas comunes a cualquier delito (parte general), así como la totalidad de las acciones que en el derecho argentino constituyen delito y las escalas penales correspondientes en cada caso (parte especial), ganando en sistematicidad, coherencia y accesibilidad. Con ello, además, se facilita la labor jurisdiccional de aplicación de la ley al caso.

Asimismo se ha reformulado el sentido y orden de los bienes jurídicos en función de su importancia y valoración social, y se han incorporado nuevos títulos de delitos procurando actualizar, en este punto, la legislación punitiva mediante la tipificación de lesiones intolerables para la humanidad, el orden económico y el ambiente.

De este modo, no sólo se pretende rescatar los principios reconocidos del sistema penal democrático, sino también resolver un cambio en el diseño e introducir, al mismo tiempo bienes jurídicos que hasta ahora, no han recibido el tratamiento adecuado; en el primer escalón, naturalmente aparece la humanidad o, como lo prefieren otros códigos (España, 1995) la "Comunidad Internacional".

El bien protegido humanidad encabeza ahora el orden de valoración acercándose en su significado al sentido que fluye de los instrumentos internacionales.

Estas innovaciones de la parte especial no alteran sustancialmente el diseño clásico de 1921 pero se ajustan a la presencia de nuevos títulos, cuya incorporación parece insoslayable en la actualidad. Nos referimos a la tipificación de los delitos contra la humanidad y a la tutela del orden económico y del ambiente que ya figuran en numerosos códigos modernos. El proyecto se afilia, sin hesitación alguna, a este esquema que recoge como plataforma básica la prioridad de la tutela de los derechos humanos, es decir, la consideración de este bien como el más alto valor de la escala social. Ello explica, va de suyo, su inclusión como Título I.

Los otros bienes jurídicos incorporados (delitos contra el orden económico y delitos contra el ambiente) deben figurar a continuación del título delitos contra la propiedad –en el orden que sigue el Código Penal actual–, entre otras razones, porque es a partir de este punto donde se produce la separación entre la lesión de los intereses individuales y de los intereses colectivos. Aunque no se trata de una ecuación matemática, aparece como una línea divisoria que apunta, en la mayoría de los artículos, a la consideración de la tutela de bienes colectivos relacionados, no solo con el conglomerado social sino también, con el Estado y con sus instituciones. Otra alternativa –verbigracia, ubicarlas en el sector final del Código– parece inconveniente, ya que sugeriría un plano de menor nivel respecto del resto de la parte especial.

Asimismo se han actualizado varias disposiciones de la parte especial, tratando de adecuar su regulación a los lineamientos de convenciones y tratados internacionales. Así, en materia de corrupción se han readecuado y reformulado varios tipos penales como afectaciones a la administración pública, evitando lagunas de punibilidad y reforzando la

respuesta punitiva mediante escalas penales que, respetando la proporcionalidad, resultan más adecuadas a la gravedad de los hechos prohibidos.

De igual modo se han dejado sin efecto disposiciones carentes de actualidad, otras cuya formulación resultaba incompatible con principios constitucionales, así como disposiciones contenidas en leyes especiales que ya estaban previstas en figuras del Libro Segundo del Código Penal, por su superposición típica.

Por otra parte, atento la necesidad de estricto respeto del principio de legalidad, se ha procedido a incluir expresamente los delitos omisivos impropios. Ello significa que sólo se habilita la imputación penal, atribución de responsabilidad y consecuente aplicación de pena, en los casos en que la omisión impropia tenga respaldo típico en la parte especial. De este modo, en congruencia con lo ya expuesto al fundamentar la parte general, siguiendo el criterio de que la única omisión punible es la expresamente tipificada.

En el mismo orden, se ha optado por dejar sin efecto los dispositivos que daban lugar a la confusa denominación de delitos calificados por el resultado y que han sido fuente de diversas interpretaciones, algunas de ellas de dudosa constitucionalidad —al consagrar por vía aplicativa verdaderos supuestos de *versari in re illicita* y de responsabilidad objetiva—, habilitando penas por debajo del umbral mínimo de imputación imprudente. En todos los supuestos dichas figuras encuentran adecuada solución por aplicación de las reglas concursales y, en general, las escalas penales así determinadas no alteran sustancialmente las que tenían previstas, de modo que a la ausencia de razones político-criminales se suma la ventaja de evitar interpretaciones

lesivas al principio de culpabilidad. En cualquier caso, la descripción se mantiene como necesaria para dar cuenta de los delitos de comisión por omisión u omisión impropia que exigen expresa regulación y en algún supuesto donde la normativa debe adecuarse a convenciones internacionales, verbigracia, crímenes de guerra.

También, como criterio general de la parte especial se ha tratado de reducir la regulación de circunstancias agravantes específicas. Aún cuando se mantienen para ciertos delitos (por ejemplo, contra la integridad y libertad sexual), se estima que un criterio inflacionario de agravantes específicas carece de justificación político-criminal y es incompatible con un sistema de escalas penales flexibles que posibiliten al juez o tribunal cuantificar la pena sobre la base de las exigencias del artículo 8°, entre un mínimo y máximo relativamente elástico. Probablemente, resulte necesario advertir que la labor instrumental de la justicia penal está —o debería estar— signada por la pena y que ello exige, a la hora de su cuantificación y motivación una adecuada fundamentación material, especialmente en un esquema legal que, como se ha dicho, consagra un sistema relativamente flexible, con mínimos y máximos que deben guardar adecuada proporción con el injusto y la culpabilidad.

Sobre la base de la previsión contenida en el artículo 8° (parte general), que permite ponderar adecuadamente a los efectos de la determinación y cuantificación de la pena, la pluralidad de personas intervinientes, el rol efectivamente desempeñado por cada una de ellas y el grado de organización revelado en su comisión, se han superado los problemas hermeneúticos y las fallas metodológicas que aparejaban la regulación en distintas figuras de la parte especial con una

multiplicidad de referencias normativas vinculadas con la intervención de personas (vgr. concurso premeditado, con la intervención de dos o más personas, con la intervención de tres o más personas, en banda).

-IX-

El Título I da cuenta, como se dijo, de los delitos contra la humanidad.

Es sabido que el código de 1921 se asienta, como todos los códigos decimonónicos, en dos pivotes decisivos: la libertad y la propiedad. Son las dos conductas del sistema penal moderno que han servido para apuntalar la tutela de la persona humana, del hombre como titular de su autonomía. Su tectónica se yergue sobre la oposición persona-cosa, extraída del derecho civil, que permite consolidar al mismo tiempo, en el sujeto, el poder de disposición. Dicho de otro modo se trata de proteger los derechos subjetivos y las libertades individuales, en la medida en que todos ellos permitan a cada sujeto el libre manejo de sus bienes o de su tiempo libre para contratar su fuerza de trabajo. Obviamente, las normas de criminalización se extienden a las diferentes conductas individuales que se relacionan con esa matriz, tanto las que interfieren en la convivencia (vgr. tranquilidad pública) como las que perturban el funcionamiento de los diversos aparatos del Estado (delitos contra la administración de justicia, contra el orden constitucional).

Pero los códigos tradicionales nacen en la sociedad capitalista de la competencia, en la que el hombre sigue siendo el protagonista de los conflictos; no obstante la aparición de los monopolios (siglo XIX y principios del XX) y

de otras formas de concentración, los códigos permanecen casi intactos y son pocas las reformas que se introducen durante su vigencia, casi todas en la parte especial o en regulaciones independientes traducidas en leyes especiales.

La etapa histórica que se inicia a mediados del siglo pasado —en el período posterior a la segunda guerra mundial— marca nítidas diferencias en el plano normativo, especialmente a partir de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948. En este proceso aún en pleno desarrollo, en el que se observa la criminalización de los comportamientos dirigidos a lesionar la comunidad internacional, no obstante lo cual son escasos los códigos penales que recogen ese esquema. Al contrario, la expansión penal se incrementa visiblemente pero, el escenario de éste fenómeno se refleja fundamentalmente en el campo de los delitos convencionales mediante el aumento de las penas o la creación de nuevas agravantes.

El Código Penal argentino no es extraño a este proceso; el espíritu liberal que lo sustenta y que Sebastián Soler señala en "Bases ideológicas de la Reforma Penal", queda desnaturalizado por repetidas irrupciones del fenómeno expansivo; el ideario de Rodolfo MORENO (h) que, como es sabido, trabajó sobre los Proyectos de 1891 y 1906, que invocó como fuentes permanentes el Código Italiano de 1890, el Código Holandés de 1886, el Código Español de 1870 —aferrado al sistema del Código de Feuerbach—, queda trastocado y de él solo subsisten las formulaciones denominativas.

El epígrafe "delitos contra la humanidad" registra casi literalmente el texto de la Convención para la Prevención y Sanción del delito de Genocidio (1948), la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (1985) y el Estatuto de Roma de la Corte Penal

Internacional (julio de 1998), incorporados al ordenamiento argentino. Como nota distintiva hemos acordado establecer la pena máxima de TREINTA (30) años de prisión para algunos de los delitos más graves que afectan a dicho bien jurídico y hemos instituido como tipo autónomo la participación en una organización de TRES (3) o más personas destinada a cometer alguno de los delitos previstos en este Título, por el solo hecho de ser miembro de la organización, que nada tiene que ver con la denominada delincuencia organizada.

Se tipifican, en cumplimiento de convenciones internacionales, los delitos de genocidio, desaparición forzada de personas y otros delitos de lesa humanidad, así como los crímenes de guerra. De este modo, por su ubicación y por las medidas de penas conminadas, se propone un diseño de parte especial en el que la valoración de los derechos humanos constituye la base del sistema.

-X-

En el Título II se regulan los delitos contra las personas con algunas modificaciones al régimen legal vigente. En orden a los homicidios calificados, aún cuando en un principio surgió la idea de suprimir todas las agravantes y dejar para el momento de individualización de la pena la valoración de la mayor gravedad de las circunstancias que hoy prevé la ley, finalmente, aunque con ciertas variantes, se mantuvo el criterio actual por resultar tradicional entre nosotros.

En relación al delito de homicidio agravado y como resultado de la reflexión posterior a la consulta, la Comisión



ha decidido equiparar al conviviente estable con el cónyuge a los efectos de agravar la punibilidad.

Es dable destacar que a lo largo del articulado pertinente se han equiparado dichas situaciones.

También se suprimieron las referencias introducidas por las últimas leyes que, de un lado, procuraron responder al reclamo de un plus punitivo cuando la víctima fuere miembro de las fuerzas de seguridad pública, policiales o penitenciarias y, por el otro, cuando éste fuere autor. Sin perjuicio de la deficiente regulación de dichas agravantes, los motivos político-criminales sostenidos no resultan justificables y abren la puerta a una ampliación ilimitada de las agravantes, dado que el sentido de este enfoque justificaría también la previsión de otras situaciones por la calidad del autor o de la víctima. Por otra parte, la escala prevista parece suficiente respuesta en la medida que los jueces adviertan, precisamente, que tal flexibilidad les permite considerar esas circunstancias a la hora de cuantificar la pena.

Como nuevo encuadramiento se ha tipificado como atenuado el homicidio a ruego (homicidio piadoso), que supone tres condiciones: sentimientos de piedad en el autor; una situación objetiva terminal en el sujeto pasivo; y el pedido inequívoco de éste. La pena prevista, que en los casos concretos podrá ser reducida o eximida, es igual a la de la instigación o ayuda al suicidio, por las similitudes materiales con esta figura tradicional.

Con relación al delito de aborto se ha mantenido, en general, el texto vigente y se aclaró su redacción para que coincida con el sentido que desde su sanción tuvo entre nosotros. Cabe señalar que se trata de una cuestión tan significativa como controvertida y que ello se reflejó en las

distintas posiciones dentro de la misma Comisión. Finalmente el texto proyectado parte de la necesidad de considerar la vida dependiente del feto y de atender los derechos de la mujer. Entre los extremos ideológicos que dan valoración preponderante y excluyente a la vida dependiente (y postulan la incriminación del aborto sin excepción alguna) y los que sobrevaloran los derechos de la mujer (despenalizando el aborto consentido), se ha intentado un equilibrio ponderando ambos intereses al mantener la punición del aborto pero ampliando los supuestos de no punibilidad. Dentro de ellos se confirma la impunidad del aborto cuando el embarazo proviene de una violación, cuando se trata de evitar un peligro para la vida o salud de la madre; y, finalmente, se incluye un supuesto durante el límite temporal de TRES (3) meses desde la concepción, con el consentimiento de la mujer y siempre que las circunstancias lo hicieren excusable. Se eliminó la referencia a la mujer "idiotas o dementes" (aborto eugenésico). La ampliación de los supuestos de excepción, de conformidad con la moderna y suficientemente arraigada legislación comparada (ejemplo §228 (a) del Código Penal alemán), apunta así a considerar adecuadamente los intereses en juego. No ha escapado al análisis de algunos miembros de la Comisión la nula efectividad y aplicación de la ley penal en este punto en sus OCHENTA y CINCO (85) años de vigencia, las graves inequidades derivadas de su operatividad real y los riesgos y daños constatados en mujeres que por su condición social, se someten a prácticas clandestinas. Concluida la consulta, la Comisión ha resuelto mantener su postura en relación a la regulación del aborto por considerar que, no obstante las numerosas manifestaciones en contrario recibidas, este tema amerita la ampliación y profundización del debate, que

comprenda a la sociedad en su conjunto, en coincidencia con lo sugerido por diversas entidades públicas y opiniones de autorizada doctrina.

Se introduce la figura de lesiones dolosas al feto, pues se trata de hechos actualmente no comprendidos en la ley, que han dado lugar a grandes esfuerzos dogmáticos a partir de casos internacionalmente conocidos –el tiempo de la acción no coincide con el del resultado– tal el caso de una droga que ocasiona deformaciones a largo plazo, o cuando al producirse la acción el sujeto pasivo no reúne aún las calidades personales exigidas por la ley porque no es persona nacida. La lesión o enfermedad debe perjudicar gravemente el normal desarrollo o provocar una grave tara física o psíquica. De esta forma, se supera expresamente lo que parte de la doctrina ha interpretado como una laguna de punibilidad.

El delito de tortura, adecuado a normas e instrumentos internacionales, ha sido regulado como delito contra las personas, resaltando con su nueva ubicación y medida de pena, un mayor contenido de disvalor. En la misma línea se tipifican supuestos expresos de omisión impropia que colocan en posición de garante, bajo ciertas condiciones, a determinados funcionarios públicos.

En los delitos de lesiones se suprime la referencia a que la lesión hubiere puesto en peligro la vida del sujeto pasivo, para lograr un punto objetivo de distinción con los supuestos de tentativa de homicidio y porque, como se dijo antes, se ha tratado de suprimir todas las calificantes por el resultado, derivando las soluciones, cuando correspondiere, a las reglas del concurso de delito.

En consonancia con ello, se suprimen las figuras de abuso y agresión con armas, porque una adecuada inteligencia

dogmática y conocimiento de los casos concretos verifican que se trata de supuestos de tentativas de homicidio o de lesiones o, bien, de hechos de amenazas y coacciones, con lo cual carece de sentido mantener las disposiciones vigentes inspiradas en la vieja categoría del dolo de ímpetu.

Se ha mantenido, en general, la regulación de los delitos de homicidio, lesiones en riña y abandono de personas. Dentro del mismo título, se introducen dos delitos actualmente establecidos en leyes especiales. De un lado, la tipificación, bajo ciertas condiciones de actos discriminatorios y, por otro, el delito de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar. En el primer caso, se ha optado por una formulación básica tomada de la Ley N° 23.592, aclarando cuáles son las conductas que se entiende deben reprimirse y eliminado las figuras asociativas que generan confusión y han sido criticadas con éxito por la doctrina y la jurisprudencia, así como las agravantes genéricas que trastocan todo el sistema de penas del Código. En orden a lo segundo, ha primado en la comisión la idea sobre la inconveniencia de la intervención punitiva en cuestiones familiares. Siguiendo este criterio, avalado por el fracaso operativo de las normas penales proyectadas sobre la familia o relaciones familiares, se han suprimido diversas disposiciones (entre ellas, las contenidas en la Ley N° 24.270 o la insolvencia alimentaria fraudulenta). Sin embargo, se ha optado por mantener como delito el incumplimiento de los deberes que hacen a la subsistencia material indispensable, pero limitando estrictamente el círculo de autores a los padres respecto de hijos menores o impedidos y al hijo respecto de los padres impedidos. Ello justifica además su inclusión dentro del título de delitos

contra las personas y a continuación de los delitos de abandono.

Se ha suprimido lo relativo a los delitos de duelo por tratarse de normas cuyo mantenimiento no se justifica en la actualidad.

-XI-

En el Título III se han introducido mínimas actualizaciones para los delitos contra el honor, manteniéndose la formulación originaria que cuenta con tradición interpretativa en doctrina y jurisprudencia. Esta observación incluye la consideración de las nuevas concepciones constitucionales cuando estos delitos involucran la libertad de prensa o expresión (arts. 14 y 32 CN; art. 13 CADH), ya que su redacción no ha impedido la aplicación amplia de los estándares referidos a los asuntos de interés público, la prohibición de la censura previa, la doctrina de la fuente, la de la "real malicia", y los derechos de crítica y crónica.

Se incluyeron referencias a los nuevos medios de comunicación, desconocidos en la época de la sanción del Código Moreno. De este modo, a los "impresos" y "periódicos" se agregan "otros medios masivos de comunicación" por los cuales se pueden canalizar las lesiones al honor.

De acuerdo con la jurisprudencia actual de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, se quita la referencia a la antigua interpretación, derivada de la del artículo 32 de la Constitución Nacional, acerca de que la aplicación de la ley nacional lo será exclusivamente en la Capital Federal y territorios nacionales. Por ello se ha suprimido la expresión que en el artículo 114 hacía referencia al problema histórico

de ámbito espacial de aplicación del Código Penal de la Nación que es aplicable en todas las jurisdicciones cualquiera sea el medio empleado para cometer el delito de expresión de que se trate (art. 75, inc. 12, Constitución Nacional) y en la inteligencia de que no existen en el país los delitos de imprenta.

Se decidió suprimir el artículo 117 bis por su flagrante inutilidad, ya que por más que se inserten falsedades en los bancos de datos personales, si no existe lesión al honor, no se verificará la tipicidad y, si existe tal lesión, el hecho no dejará de ser una injuria, una calumnia, una publicación o reproducción de las vertidas por un tercero o, bajo ciertas condiciones, un delito previsto como violación de secreto o de la privacidad (art. 146, segunda parte).

-XII-

En el Título IV se da cuenta de los delitos contra la libertad. En general se ha adecuado la normativa a los principios enunciados al comienzo, procurando superar las inconsistencias sistemáticas y desproporciones que presentaba la regulación con motivo de las reformas sufridas. Asimismo se han dejado sin efecto las calificaciones por resultado en función de la aplicación de las reglas concursales y se ha reducido el número de agravantes específicas por tratarse de supuestos cuya naturaleza encuentra adecuada y suficiente respuesta en las escalas penales conminadas.

En el actual artículo 127 se ha incluido el secuestro extorsivo del artículo 170 vigente, el cual, en consonancia, se ha suprimido. Se pretende evitar así los problemas que ha

debido afrontar la jurisprudencia para subsumir conductas que están previstas en dos preceptos distintos. Se han suprimido las agravantes introducidas por la Ley N° 25.742, porque generan problemas sistemáticos graves, tales como los casos de privación de la libertad a una mujer embarazada o a un mayor de SETENTA (70) años que son reprimidos con mayor pena que si el autor les ocasionara la muerte y porque sus efectos aparecen más simbólicos que reales, en tanto la aplicación del instituto del concurso de delitos soluciona razonablemente el problema.

Se han aumentado las penas cuando el autor es funcionario público dado el mayor contenido de ilicitud y reprochabilidad derivado del especial deber que el cargo impone y se han referenciado, expresamente, las calidades de juez, fiscal o funcionario judicial.

El delito de tortura, se reitera, ha sido ubicado como delito contra las personas.

En la regulación del delito de sustracción de menores se ha introducido un segundo párrafo que procura superar las diferencias interpretativas en orden a si el padre o madre privado de la patria potestad o de la tenencia pueden ser autores del delito respecto del hijo menor de DIEZ (10) años. Se ha optado por una solución autónoma que diferencia claramente el supuesto grave de la sustracción de menores (cuyo origen se vincula con el "robo de niños") y el hecho lesivo a los derechos-deberes familiares derivados de la patria potestad, previéndose una escala penal reducida para el padre o madre privado de la patria potestad o de la tenencia.

Se ha modificado el Capítulo sobre violación de secretos que ahora se denomina "Violación de secretos y de la privacidad". De este modo, se actualiza la normativa a los

nuevos desarrollos tecnológicos e informáticos y se tipifican lesiones intolerables a la privacidad, mediante la utilización de artificios de escucha, transmisión, grabación o reproducción de imágenes o sonido.

Dentro de los delitos contra la libertad de trabajo y asociación se ha incorporado una nueva figura, que reconoce antecedentes en el derecho comparado (Código Penal español, art. 310) y que procura sancionar aquellas conductas que, mediante engaño o abuso de una situación de necesidad perjudiquen, supriman o restrinjan los derechos laborales.

Del mismo modo se incorporan figuras previstas y dispersas en leyes especiales que atañen al Título, como el soborno deportivo.

-XIII-

En el Título V, respecto de los delitos sexuales, la Comisión entendió apropiado ampliar la rúbrica de manera de reflejar mejor el objeto de tutela procurado, que no se limita a la integridad sino que comprende también la libertad de cada persona de disponer de su sexualidad.

La violación, el más grave de los delitos de esa índole, fue redefinida con el fin de evitar algunos circunloquios y metáforas contenidos en la legislación vigente que conspiran contra la necesaria precisión que se requiere para imponer un castigo de tanta severidad. Se sustituyó, por ese motivo, la referencia al "acceso carnal", expresión ésta que no termina de aclarar si comprende o no ciertas formas de comisión del delito como por ejemplo, la penetración efectuada con algún objeto distinto del pene, hipótesis ésta particularmente ultrajante y que en el texto proyectado se



encuentra expresamente contemplada. En virtud de fundadas observaciones, la Comisión ha decidido efectuar modificaciones en parte terminológicas, reemplazando la expresión relación sexual por la acción de penetrar.

Se suprimieron asimismo algunas menciones imprecisas como la del "sometimiento gravemente ultrajante" cuyo contenido y alcance interpretativo ha planteado serias dificultades. De todos modos los hechos que pudieran tener esa connotación se encuentran castigados en el texto proyectado a través de la referencia a las acciones de contenido sexual violentas o intimidatorias.

También se buscó definir la cuestión de la denominada *fellatio in ore*, o sea la penetración por vía bucal, que la última reforma legal habría querido resolver infructuosamente. La Comisión ha considerado, luego del procedimiento de consulta pública, su equiparación con la pena de la violación propia, aún cuando ontológicamente se las considere como conductas distintas.

Otras innovaciones conciernen a la desaparición de figuras que se habían tornado anacrónicas como la de seducción prevista en el artículo 120 del Código vigente con la nueva redacción dada a la fórmula de la excusa absolutoria.

Se eliminó la figura de la corrupción por la imposibilidad de definir legalmente el concepto sin una seria afectación al principio de legalidad, ya que en materia de integridad sexual, cada habitante parece tener su propia visión sobre la materia y la jurisprudencia ha sido reflejo acabado de esta observación, generando inseguridad jurídica para los habitantes en general y para los justiciables en particular. Ello sin perjuicio de las graves incoherencias tales como que al autor de múltiples agresiones sexuales, le

correspondería una pena menor a su sumatoria (concurso real) por el efecto "aglutinador" de conductas que se le atribuye al término corrupción. En cualquier caso, la regulación de las otras disposiciones del Título evita cualquier laguna de punibilidad.

-XIV-

El Título VI se integra, con los delitos contra el estado civil, los supuestos de matrimonio ilegal y la supresión o suposición de estado civil. Se dejan sin efecto supuestos de meras infracciones administrativas o carentes de virtualidad (arts. 135 y 136 vigentes) y la disposición introducida por Ley N° 24.410. Respecto del primero, el oficial público que interviene a sabiendas en alguno de los supuestos de matrimonios ilegales, queda sometido a las reglas imputativas de autoría y participación criminal. Por lo demás, se ha considerado que la descuidada previsión contenida en el artículo 136 y reprimida con pena de multa escapa a la necesidad de la ley penal y ya tiene respuesta en otro orden normativo. La reforma de la Ley N° 24.410 refiere a claros supuestos de intervención en un delito por lo que resulta innecesaria también en función de las reglas generales de autoría y participación.

-XV-

El Título VII referido a la propiedad y el orden económico (en el que se ha optado por mantener la tradicional designación de "delitos contra la propiedad" no obstante la preferencia de la doctrina por la designación de

"patrimonio"), se inserta siguiendo la gradación del Código vigente, a continuación de los tipos destinados a proteger la libertad. Se ha construido un corpus bivalente integrado por propiedad y orden económico, influidos, sin duda, por la idea de que en la realidad social los delitos contra la propiedad acompañan generalmente conductas que lesionan el orden económico, lo cual no significa ignorar, a la hora de la interpretación, la diferencia entre ambos conceptos.

La incorporación del orden económico justifica una referencia explicativa, en tanto es frecuente definirlo como sinónimo del término economía. Ambos no son, sin embargo, equivalentes; el orden económico importa la consideración del funcionamiento, y articulación entre los distintos componentes de la actividad económica. La economía, en cambio, es un concepto más flexible, valorado como conjunción de un todo más que como expresión de un sistema, acumulación más que integración. Por eso, hemos concluido que la actividad económica de una sociedad se define más prolijamente como el conjunto de las operaciones por las cuales sus miembros obtienen, se distribuyen y consumen los bienes materiales y servicios para satisfacer sus necesidades individuales y colectivas; como sabemos desde hace décadas un sistema económico es la combinación de tres estructuras: producción, distribución y consumo.

Es innegable que la definición de orden económico, así entendido, resume lo que en la teoría especializada se considera criterio amplio, pero si a esta formulación se agrega el componente de la intervención estatal, los términos quedan mejor acotados; sin llegar a satisfacer las exigencias de un círculo cerrado sirven, sin duda, para recoger una fórmula que no genera contradicciones; en este sentido,

nuestra propuesta parece ofrecer mayor claridad que aquellas construidas de forma polivalente —por ejemplo, incluir en un solo haz lo social, lo económico y el patrimonio— incorporados por algunos códigos sin contemplar una clasificación previa.

Se ha asumido por adoptar un criterio que genere el mínimo de conflictos; los delitos previstos en el Título son los ya conocidos, acogidos en algunos países en leyes especiales y, en otros, directamente en el Código Penal, aunque no se remitan todos al mismo bien jurídico protegido. El ejemplo más claro, es el diseño de los delitos aduaneros en nuestra legislación, que no obstante afectar claramente la hacienda pública, figuran en el marco de los servicios aduaneros.

En orden a los tradicionales delitos contra la propiedad se armonizan las escalas punitivas.

Se han introducido modificaciones en la enumeración de agravantes del hurto de manera de incorporar como conducta de esa índole el abigeato, suprimiendo en cambio las figuras heterodoxas incorporadas por la Ley N° 25890, fuente de verdaderos desajustes e inconsistencias sistemáticas. También se han incluido aquí la tutela del patrimonio histórico y los bienes culturales. Hemos optado, en esta materia por definir en el hurto agravado el apoderamiento de bienes científicos, culturales, religiosos o de yacimientos arqueológicos o paleontológicos pertenecientes al patrimonio histórico del país.

El robo (art. 169) mantiene la definición vigente pero distingue el supuesto de fuerza en las cosas (1 mes a 6 años de prisión) del de violencia física o intimidación en las personas (6 meses a 6 años de prisión), que además ofende la integridad física o psíquica. Se incluye la intimidación, para

dar por terminada la discusión sobre su superposición con la figura de extorsión, siguiendo así el criterio "carrariano" de distinción por el intervalo del tiempo que transcurre entre la amenaza, el mal prometido y el desapoderamiento, que prácticamente no existe en el robo y sólo se da en la extorsión.

Los robos agravados (art. 170) se sintetizan en un sólo artículo y se conminan con una escala penal de TRES (3) a DOCE (12) años de prisión. Se aclara que la agravante de armas se refiere a las de fuego, aptas para el disparo y cargadas, por su aptitud objetiva para poner en riesgo la vida de los sujetos pasivos. Siguiendo dicho criterio, se han incorporado otros objetos que utilizados por el agresor, ponen en peligro la vida o integridad física de aquellos, en mérito de las recomendaciones realizadas durante el proceso de consulta pública. En este sentido, es necesario advertir que las escalas penales conminadas, tanto para el tipo básico como para el agravado, permiten una respuesta punitiva suficiente a las distintas circunstancias que pueden plantearse, en tanto posibilitan una cantidad de pena (hasta 6 años en el robo y hasta 12 en el robo agravado), que garantizan una adecuada elección e individualización por parte de los jueces.

De acuerdo con la eliminación de figuras asociativas y la inclusión de un criterio general de determinación de las penas por el concurso de personas en el delito, se ha suprimido la expresión "banda", que tampoco tiene una definición en el texto vigente y ha dado lugar a infinidad de interpretaciones judiciales encontradas. La eliminación, como se dijo, se relaciona con la inclusión del criterio de individualización de la pena por la pluralidad, rol y grado de organización de las personas intervinientes en el hecho (art.

8°, inc. c) que permitirá a los jueces aplicar criterios realistas dentro de la escala penal.

Se elimina la figura de homicidio en ocasión del robo (actual 165 CP). La Comisión entiende que el supuesto allí abarcado puede resolverse por aplicación de las reglas concursales o, incluso y bajo ciertas condiciones, encuadrar en el tipo del homicidio *criminis causa* (art. 84, inc. g). De este modo se superan los problemas interpretativos en función de los cuales algunos tribunales han llegado a consagrar criterios de responsabilidad objetiva, lesionando en un doble sentido, el principio de culpabilidad.

En relación con la extorsión, se ha mantenido la figura tradicional y se ha ajustado la escala penal para que guarde correlación con la del robo. Respecto del secuestro extorsivo y en función de lo dicho con relación a los delitos contra la libertad, se ha integrado su texto en una de las privaciones ilegítimas de la libertad agravadas.

Se ha mantenido la redacción de la figura de la estafa del artículo 172 del Código vigente. En cuanto a la defraudación por retención indebida, se incluyó el verbo "apropriare", vigente en otros períodos, para terminar con la discusión sobre el momento consumativo del delito, cuando el autor, intervirtiendo el título por el que la cosa se encuentra en su poder, realiza actos de disposición de ella pero antes de que la obligación estuviera vencida. Se contemplan, así la forma activa y la omisiva que generan la misma lesión al bien jurídico y que, en estos casos, resultan valorativamente equivalentes.

Respecto de la figura conocida como desbaratamiento de derechos, se ha modificado su estructura tomando en cuenta las críticas suscitadas por su excesiva amplitud conceptual que

llega al punto de abarcar, prácticamente, cualquier incumplimiento contractual así como la excesiva enumeración de medios de comisión que involucra el sólo hecho de deducir una demanda de rescisión de contrato con lo cual se volvería litigioso el derecho del co-contratante. El verdadero objeto de tutela legal, claramente explicado en los antecedentes legislativos de la norma, apunta a la punición de los hechos de fraude a los que se prestan, por un lado, ciertos derechos reales de garantía de fácil desbaratamiento y, por el otro, los derechos concernientes a una cosa que no se encuentran perfeccionados como derechos reales. La redacción propuesta se vale del concepto de "obligación de dar cosa cierta", claramente definido en el artículo 574 del Código Civil. La idea del fraude que posibilita esa clase de obligaciones se encuentra descrita en el artículo 592 de ese cuerpo legal. Se excluyen las cosas fungibles que únicamente pueden dar lugar a fraude cuando hay una situación de insolvencia.

Se suprimen los incisos 12, 13 y 14 incorporados al artículo 173 por la Ley N° 24.441, por cuanto se trata de descripciones de comportamientos que se encuentran perfectamente abarcados por otras figuras. Lo mismo ocurre con la figura del inciso 6° del artículo 174, incorporada por la Ley N° 25.602.

En el caso de la defraudación en perjuicio de un asegurador del artículo 174 inciso 1° se quitó de la redacción la referencia al "préstamo a la gruesa" por tratarse de una especie contractual en desuso.

En el Capítulo de las estafas y otras defraudaciones, se incorporan -de modo subsidiario respecto de la estafa y defraudación- los delitos de cheques irregulares, compatibilizando su formulación típica con la actual

legislación comercial en la materia. Su incorporación en este título justifica, además, su tratamiento como delito de acción privada.

Los Capítulos V y VI, están destinados a los delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial, y a la propiedad de marcas y designaciones, respectivamente. Los traslados realizados en el orden normativo y las modificaciones propuestas en los tipos especiales, requieren una clara ubicación de estos delitos respecto del bien jurídico protegido; aunque sigue vigente la polémica en el campo teórico, hemos optado por conformarlos respetando el prisma del orden económico, considerando, además, el nexo cada vez más estrecho entre los derechos de los particulares y el impacto social que su ejercicio provoca.

Una de las modificaciones más importantes es la del capítulo sobre "Quebrados y otros deudores punibles" cuya denominación se reemplaza por la de "Insolvencias punibles". Fue criterio de la Comisión que era necesario hacerlo para superar la falta de congruencia existente entre la legislación comercial y la regulación penal. Se supera así la grosera desarticulación proyectada sobre los delitos de quiebra por parte de la Ley N° 24.522 y sus modificaciones. También se consideró adecuado el criterio de otras legislaciones de no supeditar la punibilidad de los hechos a la declaración formal de la quiebra, sino a la insolvencia misma, superando de este modo la multiplicidad de interpretaciones (con sus diversas consecuencias) en torno a dicho requerimiento (considerado por algunos como condición de procedibilidad, por otros, como elemento objetivo del tipo y, también, como condición objetiva de punibilidad).



Se propone, en consecuencia, una figura que comprende al mismo tiempo el contenido de la que actualmente contempla el segundo párrafo del artículo 179 –el alzamiento de bienes o insolvencia fraudulenta– y los delitos de quiebra. La redacción actual de aquella disposición ha tenido escasa aplicación y se ha mostrado ineficaz para el propósito para el cual fuera creada: la protección de los derechos de los acreedores fuera de los casos en que existe declaración judicial de insolvencia. Parte de esos inconvenientes surgieron por el hecho de que, en la mayoría de los casos, los deudores son sociedades o personas jurídicas distintas de quien lleva a cabo el hecho en su nombre. Esa dificultad resultará ahora subsanada con la redacción del nuevo artículo 43 de la parte general proyectada cuya inclusión conduce asimismo a la supresión del actual artículo 178. Con la fórmula propuesta para la insolvencia punible se evitan las dificultades interpretativas relativas a la necesidad de que haya sido notificada la demanda para que el hecho resulte incriminado, lo mismo que las referidas al carácter previo que, algunos autores y fallos atribuyen a la sentencia civil. La redacción se vale de los conceptos de “actos jurídicos simulados” y “actos celebrados en fraude de los acreedores”, mucho más significativos que la actual enumeración de medios comisivos. Esos conceptos surgen de las disposiciones de los artículos 955, 961 y 962 del Código Civil. Para evitar los inconvenientes derivados de la exigencia de que exista un proceso, se utiliza como referente la “cesación de pagos” que está prevista en los artículos 85 y 86 de la Ley de Concursos y Quiebras y que resulta ampliamente abarcativa de las situaciones en que la acción del deudor resulta frustratoria del derecho de los acreedores.

Se ha previsto incluir una figura culposa, prescindiendo del requisito de la declaración de quiebra, lo que constituye un condicionamiento objetivo y tiene además el inconveniente de dejar impune el comportamiento de dirigentes de empresas de gran envergadura que no son declaradas en quiebra para evitar daños a la economía social. La enumeración de las calidades que debe reunir el autor del comportamiento imprudente o negligente, procura hacerse cargo de las modalidades habituales de la explotación comercial, es decir la constitución de sociedades o personas jurídicas, así como también la frecuente ocultación de quienes son sus verdaderos dueños. Para esto último se emplea la referencia al que hubiera gestionado de hecho el establecimiento.

El concepto de insolvencia, con la expresa indicación de que es innecesario que sea declarada judicialmente, se define por remisión a la ley comercial, tal como ya se propuso en el caso del hecho doloso de insolvencia. Se deja a salvo el caso en que, pese al hecho revelador de la cesación de pagos, conste la solvencia. La enumeración de los casos indicativos de imprudencia o negligencia tiende a circunscribir en parte el carácter abierto de todo tipo culposo. En cualquier caso, se deja de lado el supuesto de pequeñas quiebras. Los límites referidos al monto del pasivo, el número de acreedores o el de trabajadores empleados, son los mismos que se emplean en la Ley de Concursos y Quiebras. El propósito de esta exclusión es atemperar el rigor de la ley en el caso de pequeños empresarios o comerciantes, manteniéndolo en cambio para quienes conducen establecimientos de cierta magnitud en los que las omisiones y actitudes imprudentes descriptas resultan merecedores de mayor reproche.

La supresión del actual artículo 180 obedece a su incompatibilidad con muchas de las disposiciones reguladas en la legislación comercial, en especial la derogación del acuerdo resolutorio y la posibilidad de acuerdos preventivos extrajudiciales con amplia libertad de contenido que resquebrajan el principio de la igualdad de trato, por lo menos, tal como era concebido en la Ley N° 19.551 y como fundamento del artículo 180 del Código Penal.

Entre las disposiciones sobre usurpación se consideró conveniente incorporar la alternativa de la ocupación de inmuebles o viviendas y, en cuanto a la usurpación de aguas, se estimó necesario suprimir la exigencia de un especial elemento subjetivo: "el propósito de causar perjuicio a otro" que circunscribía excesivamente la aplicación de la norma. También se entendió necesario suprimir las circunstancias de agravación del párrafo final del artículo 182 del Código, por estar incorporadas en la fórmula del daño que se incluye en el proyecto.

Con respecto a los hechos de daños se acordó mantener la redacción del artículo 183 del Código, incorporándose en artículo siguiente la figura del daño tecnológico, tomando en cuenta fundadas opiniones jurisprudenciales y doctrinarias, que entienden a la información, el dato y/o las imágenes almacenados en programas o soportes informáticos como nuevos bienes jurídicos a tutelar. Se agregó igualmente una figura agravada concerniente a medios de comunicación, vías de agua y energía. También se acordó incluir entre los casos agravados el referido a daños de sistemas informáticos o bases de datos públicos. Con los mismos fundamentos expuestos para algunas modalidades del hurto agravado (patrimonio histórico y bienes culturales) se describe como daño agravado la acción de

excavar o explorar yacimientos arqueológicos o paleontológicos en lugares o sitios declarados patrimonio nacional, sin la autorización respectiva.

Con respecto a la disposición general del Capítulo XI se convino ampliar la fórmula de exención por parentesco siguiendo la orientación del Código Penal español. También se amplió la fórmula para comprender al conviviente estable y al conviviente estable viudo.

En el Título figuran también los delitos tributarios. Al igual de lo que ocurre con los aduaneros, la ubicación lógica parece ser el ámbito del orden económico, ya que la hacienda pública –bien directamente afectado– no es más que un subsistema del orden económico.

Con una nueva redacción se mantienen las incriminaciones de los comportamientos principales previstos en la ley actual. En esta materia debe advertirse que la redacción de la Ley N° 24.769, tanto en la descripción de los tipos básicos como en la de los casos de agravación, está concebida de manera que sus incriminaciones giran alrededor de la idea del incumplimiento de la obligación. Ello no resulta congruente ni con principios constitucionales ni con la economía de la ley penal, en la que el hecho que interesa a los fines de la represión, es el engaño fraudulento o el abuso.

Se utiliza el giro tributos sin acotarlo a los tributos nacionales, como ocurre en la ley vigente. No existe razón por la que debiera establecerse distinto criterio, sobre todo, a partir de que no se trata del legislar acerca del poder de imponer el tributo, sino del castigo de los hechos de fraude incurridos cualquiera sea el Estado –nacional, provincial o municipal– que resulte perjudicado.

Se suprimen los condicionamientos objetivos por la cantidad adeudada que son inevitablemente heterodoxos en un sistema penal regido por el principio de culpabilidad. El hecho de que el monto indicado en el artículo 1° de la Ley N° 24.769 se encuentre referido a "cada tributo y cada ejercicio anual" delata la ya señalada confusión del hecho de fraude con la obligación tributaria y resulta de dudosa legitimidad frente a los tratados internacionales suscriptos por nuestro país e incorporados a la Constitución, que prohíben la prisión por deudas. De esta manera se establece un criterio más riguroso, ya que el castigo se impone cualquiera sea el monto. En compensación, se reduce la escala penal llevándola a los mismos límites que los previstos para el delito de defraudación. La orientación acogida en este proyecto se manifiesta también en los hechos de retención, que están previstos de manera de resaltar que se trata de un abuso de confianza, manteniéndose el rigor de la incriminación en caso de conductas omisivas. La alternativa del empleo en provecho propio indica que también se incurre en el delito por vía de apropiación, sin necesidad de aguardar ningún plazo.

Se incorporan al Código los delitos cambiarios. Se remodelan los tipos eje de la Ley N° 19.359 a fin de sustituir el abuso del mecanismo de las leyes penales en blanco y evitar reiteraciones que ya están incluidas en el Libro Primero del Código Penal. Se hace hincapié en los casos que más interesa reprimir marginando de la esfera penal los hechos de mínima gravedad llevados a cabo por particulares o pequeños especuladores.

El delito de contrabando es objeto de modificaciones significativas respecto del texto de la ley Ley N° 22.415, comenzando por la expresión "servicio aduanero" que es

sustituida por "autoridad aduanera"; queda bien en claro que, el control de las aduanas no es un servicio que se presta, sino un modo de ejercer la autoridad del Estado.

Las diferencias se advierten, especialmente, en el plano de las sanciones. El rigor sancionatorio es visible en cada una de las acciones, algunas de clara naturaleza confiscatoria que no guardan armonía con el criterio general de proporcionalidad del sistema de días-multa adoptado por este anteproyecto. Obviamente, nos hemos visto obligados a suprimir todas aquellas disposiciones que están ya adecuadamente previstas en la parte general de esta propuesta.

El tratamiento de los fraudes "al comercio y a la industria", reconoce importantes modificaciones. La remodelación de esta temática aparece ya como una exigencia repetida de la doctrina vernácula. Parece innecesario recordar que las conductas del artículo 300 inciso 1 del Código Penal, abarcadas por el término agiotaje, superan generosamente la esfera de la fe pública, bien jurídico dentro del cual, fue codificada. En la actualidad, no se puede olvidar que están relacionadas no sólo con el desabastecimiento y la concertación monopólica, sino también, que se emparentan con nuevas formas delictivas de la sociedad moderna, que también merecen ser contemplados por la reforma. Por ello, sin perjuicio de mantener las modalidades del artículo 300 del Código Penal como piezas autónomas, proponemos agregar otras variantes como la alteración de precios en concursos y subastas públicas (art. 262 Código Penal español) y el aprovechamiento de informaciones reservadas (art. 285 Código Penal español), presentes ya en la legislación comparada. Como es sabido, esta figura conocida como *insider trading* en el ámbito societario, consiste en el aprovechamiento de

información privilegiada, obtenida en el ejercicio de la labor profesional o empresaria, tanto la relacionada con la cotización de valores o instrumentos en el mercado, como la que se suministra a terceros beneficiarios de esta actividad; se trata, en definitiva, de cubrir una visible laguna de punibilidad.

Luego se ubican los llamados delitos de desabastecimiento que, como es conocido, estaban previstos en la Ley N° 20.680. Los cambios introducidos tienden a robustecer la tutela de los consumidores en el mercado, convirtiendo al acaparamiento en la principal conducta delictiva y reduciendo al mismo tiempo el riesgo generado por la intervención del aparato del Estado.

Asimismo se propone un cambio sustancial en la denominada defensa de la competencia. La Ley N° 25.156 debe ser modificada para permitir una clara reincorporación al área penal de la concertación monopólica que el legislador argentino ya introdujera en la Ley N° 11.210 y leyes sucesivas. La necesidad de este cambio ha sido permanentemente reclamado, desde el mismo día de la sanción de la Ley N° 25.156.

-XVI-

A continuación de los delitos contra la propiedad y el orden económico, se introduce como Título nuevo el de los delitos contra el ambiente. Su inclusión en el orden trazado, tiene una connotación precisa pues gravita con derecho propio la lesión de los bienes colectivos.

La importancia que en el mundo actual ha adquirido la protección del medio ambiente, justifica la necesidad de

construir un título autónomo en la legislación penal. Los lineamientos provienen, sin duda alguna, de la Reforma constitucional de 1994, especialmente del artículo 41 que asigna a la Nación la responsabilidad de dictar las normas que "contengan los presupuestos mínimos de protección".

Fieles a esta orientación de la ley suprema, hemos optado por desplazar hacia el área del derecho administrativo todos los comportamientos considerados como delitos de peligro abstracto que, en verdad, son actos de desobediencia, meras contravenciones. El campo auténticamente penal solo debe abarcar los llamados delitos de peligro concreto y los de daño, bifurcados en sus dos categorías conocidas: reversible e irreversible.

Hemos considerado de vital interés la formulación de un tipo básico que contemple, no solo las modalidades de cada una de las acciones consignadas sino, también, con la presencia de un referente científicamente preciso. Ello explica la inclusión, como elemento del tipo, de la "integridad ecológica de sistemas naturales", sinónimo de la capacidad de un ecosistema de mantener su estructura y funcionamiento a lo largo del tiempo de su evolución natural, en el marco de condiciones cambiantes por causas naturales o antrópicas que le confiere capacidad para responder (recuperarse) a las perturbaciones de origen natural y/o humana; es el concepto que en estudios especializados se utiliza como forma de describir el estado de buena salud de cualquier ecosistema (verbigracia, un río contaminado pierde su integridad ecológica, está enfermo, degradado o dañado, cuando pierde las características y funciones que le permiten autodepurarse) y que hace posible entender, en el ámbito penal, la dirección del perjuicio exigido.



Hemos tratado de reducir los tipos delictivos. En general, los códigos o las leyes especiales que recogen los delitos contra el medio ambiente son exuberantes en esta materia; por ello hemos tomado, como eje de la construcción, el tipo básico de la contaminación, la modalidad agravada, la culposa y solo dos tipos especiales, los de depredación de la fauna y de la flora. No se nos escapa que el esquema adoptado por nosotros podrá generar conflictos de interpretación pero, en todo caso, no será resultado de un defecto de configuración sino de la propia naturaleza del concepto de ambiente. Nos parece relevante acotar que, a diferencia de otras legislaciones, hemos marginado del título de los delitos contra el ambiente la tutela del patrimonio histórico y los bienes culturales.

-XVII-

En el Título IX se tipifican los delitos contra la seguridad pública, a través de una readecuación de las figuras y de las penas de los delitos de incendio y otros estragos. Congruentes con el principio seguido se eliminan las calificantes por resultado que tienen solución en la aplicación de las reglas concursales, las que ni siquiera difieren político-criminalmente en la cuantía de pena.

Se introducen modificaciones en el tipo de tenencia de explosivos y de armas, distinguiéndose los diversos supuestos de manera clara y diferenciada. La escala penal se ajusta al carácter de adelantamiento de la punición y al fundamento de la prohibición de tales actos. Se suprimen las incorporaciones efectuadas por la Ley N° 25.886 al artículo 189 bis vigente, ya que a las absurdas consecuencias que genera en el sistema

de penas y en la jerarquía de los bienes jurídicos (vgr. la portación de arma de fuego por parte de una persona excarcelada que supera groseramente en la pena al abuso de arma de fuego y a las lesiones graves), se suman los reparos constitucionales declarados por los distintos tribunales del país.

El Capítulo II da cuenta de los delitos contra la seguridad de los medios de transporte y de comunicación y de los servicios públicos, actualizándose el catálogo delictivo y las penas correspondientes. Se suprimen las agravaciones por el resultado, por las mismas razones expuestas como criterio general. Se modifica el actual artículo 194 exigiéndose un obrar ilegítimo y con peligro para la seguridad común, compatibilizando la figura con el sentido del Título. Finalmente, se actualiza la previsión del actual artículo 197 y se regulan diversos supuestos acordes con los nuevos desarrollos tecnológicos.

El criterio ya expuesto justifica la supresión del actual artículo 199 dentro del Capítulo de piratería.

Las modificaciones incorporadas a los delitos contra la salud pública dan cuenta, asimismo, de la supresión de los tipos penales correspondientes a la actual Ley N° 23.737, de conformidad con el criterio de recodificación seguido.

En este sentido se han mantenido, debidamente actualizadas, las figuras de peligro concreto para la salud pública y se han tipificado las lesiones intolerables vinculadas con la producción, tráfico y comercio de estupefacientes, así como la facilitación onerosa o gratuita. Ha quedado desincriminada la tenencia, siembra, cultivo o producción de estupefacientes para consumo personal. Los reparos constitucionales a su incriminación son insalvables y,

además, el mantenimiento de la prohibición ha sido funcional a una agravación de los riesgos y daños individuales y sociales. Asimismo se dejan sin efecto numerosas disposiciones que alteran las reglas de la parte general, suponen afectación a principios constitucionales e implican una degradación ética que carece de toda justificación en un Estado de Derecho. Con respecto a la entrega ilegítima de estupefacientes, la Comisión, atendiendo a las sugerencias realizadas por fundaciones privadas y asociaciones de carácter público, revisó la norma sobre la entrega a título oneroso, diferenciando la escala penal aplicable de la del supuesto de entrega a título gratuito.

-XVIII-

El Título X trata de los delitos contra el orden público. Se mantiene la instigación a cometer delitos y la intimidación pública, adecuándose la escala penal. Se tipifica el delito de tráfico y permanencia ilegal de migrantes. Siguiendo los criterios generales expuestos en la introducción, se suprimen las figuras asociativas y la apología del crimen.

-XIX-

En el Título XI se ha seguido, en general, el sistema vigente en el tratamiento de los delitos contra la seguridad de la Nación.

-XX-

Del mismo modo se ha mantenido el sistema de los delitos contra los poderes públicos, el orden constitucional y la vida democrática con mínimas correcciones. Se han suprimido el artículo 228 y las disposiciones generales previstas en los artículos 231, 232 y 236. Se han incluido dentro del Título los delitos electorales mediante una reformulación de los hechos que contemplaba la ley vigente, y se han tipificado aquellas acciones intolerables para la transparencia y resultado de un proceso electoral o lesivas al ejercicio de los derechos electorales.

-XXI-

En el Título XIII se tipifican los delitos contra la Administración pública. Se mantiene en general la redacción del Código vigente.

Se ha corregido el sistema de las penas en función de la gravedad de las conductas y de los bienes jurídicos afectados (ej. exacciones ilegales, concusión, malversación de caudales y prevaricato), teniendo en cuenta que, en general, las penas actualmente previstas no guardan correspondencia alguna con la gravedad de los hechos y la condición de sus autores.

Respecto de los modos de resistencia al funcionario público, se mantiene la intimidación o fuerza pero se aclara que la fuerza es en las cosas y la intimidación en la persona, en tanto la fuerza sobre el funcionario constituye un supuesto de agravamiento (por la violencia).

Se han adecuado las formulaciones típicas y las penas de los delitos de funcionarios a la Convención Interamericana contra la Corrupción, aprobada por la Ley N° 24.759.

En el texto del llamado enriquecimiento ilícito se agregó la expresión "funcionario público". Se deja en claro que el deber de justificar recae exclusivamente sobre funcionarios públicos y no sobre las personas en general.

Siguiendo la legislación española pero en formulación propia se ha tipificado el prevaricato imprudente, aunque con mayores exigencias que las de otras figuras donde se prevé esa forma de imputación, debido a las características distintivas de la actividad respecto de otros oficios y profesiones.

Congruentes con la supresión del delito de falsa denuncia, se incorpora al "denunciante" al círculo de autores del delito de falso testimonio.

Se eliminó el encubrimiento culposo y se mantuvo el criterio de inclusión del delito de lavado de activos dentro de este Título, aunque con una redacción más simple que, sin embargo, no deja impune ninguna de las conductas a cuya tipificación se viene obligando el Estado argentino.

En el quebrantamiento de inhabilitación, y dada la diversidad interpretativa en orden a qué inhabilitación forma parte del tipo, se aclara que el quebrantamiento punible es el de la impuesta judicialmente con motivo de la comisión de un delito. El quebrantamiento de otras inhabilitaciones ya tiene consecuencias previstas en los distintos órdenes normativos.

-XXII-

El último Título da cuenta de los delitos contra la fe pública (Título XIV). Se mantienen las tradicionales figuras

aunque se suprime la punición de un acto preparatorio como la tenencia de elementos conocidamente destinados a falsificar.

En materia de falsedades documentales se vuelve a las especificaciones tradicionales, eliminándose la mayor cantidad posible de referencias a determinados documentos públicos introducidos por la legislación con finalidades distintas a las propias del Título de que se trata.

Finalmente, los fraudes a la industria y comercio y el delito de cheques irregulares pasan a formar parte del Título de los delitos contra la propiedad y el orden económico, respectivamente.