

FCJS

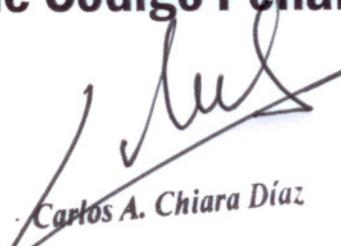
UNL

UNIVERSIDAD NACIONAL
DEL LITORAL
FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES

Documento de Análisis al Anteproyecto de Código Penal de la Nación

Santa Fe - Septiembre de 2014

Documento de Análisis al Anteproyecto de Código Penal de la Nación



Carlos A. Chiara Díaz

Aclaraciones previas

A continuación se presenta el trabajo realizado por un grupo de profesores de las áreas de Derecho Penal y de Derecho Procesal Penal de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral.

Por razones de tiempo, el documento se refiere solo a algunas de las disposiciones proyectadas en el texto aprobado por mayoría dentro de la Comisión para la Elaboración del Proyecto de Ley de Reforma, Actualización e Integración del Código Penal de la Nación, creada por el Decreto P.E.N. N° 678/2012.

Asimismo, se tuvo especialmente en cuenta para el estudio la Exposición de Motivos que presenta el Anteproyecto de Código Penal (en adelante, ACP).

Por último, como aclaración metodológica, se deja constancia que se ha respetado el orden establecido por la Comisión reformadora para la realización del análisis.

El presente trabajo ha sido elaborado por los Señores Profesores Titulares de Derecho Penal: Ricardo C. M. Álvarez, Jorge A. L. García, Julio de Olazábal y Marco Antonio Terragni. Profesores Adjuntos: Diego H. Di Siena, Cecilia A. Goyeneche y Leandro Ríos. Jefes de Trabajos Prácticos: Mario M. Barletta, Ayelén García Gastaldó y Jorge R. Patrizi. Ayudantes de Cátedra: María E. Biondi y Cristian Fiz. Profesor invitado: Julio Federik. Tutora alumna en Derecho Penal: Julieta Rodeles.

Introducción

El Código Penal constituye tan solo un aspecto de la política criminal del Estado y también solo una parte de todo su sistema penal.

Cualquier modificación del mismo que aspire a superar las correcciones puramente técnicas, debería pues atender a ese marco más amplio, para evitar tanto la eventualidad de contradicciones con otras políticas cuanto la frustración de buenas intenciones por imposibilidad de concreción.

Sin perjuicio del análisis que luego se hará de algunas de las disposiciones contenidas en el ACP, la mera advertencia de las múltiples modificaciones parciales y de distinto signo que ha soportado el Código Penal Argentino, la enorme cantidad de disposiciones penales incluidas en leyes muy distintas, y la exigencia de adecuación de sus reglas a disposiciones constitucionales y convencionales, brindaría, desde una perspectiva sistemática y dogmática, suficiente razón para impulsar su reforma.

Sin embargo, teniendo en cuenta que una buena política criminal para no constituir una pura abstracción, tanto debería considerar las posibilidades reales que tiene el sistema penal de asumir los problemas que previsiblemente resultarán de la reforma penal -regulando eventualmente el modo de derivarlos a otros segmentos del sistema legal-, cuanto considerar -obviamente en forma estimativa pero a la luz de experiencias anteriores- las ventajas y desventajas que se obtendrían con las modificaciones, para expedirnos sobre la reforma penal propuesta sin incurrir en el error de mirar solo la cuestión normativa, deberíamos disponer de otra información, que en estos momentos no tenemos a nuestro alcance y que ignoramos si tuvo la Comisión redactora del ACP.

Entre otras cuestiones, todas de difícil y compleja respuesta, pero de consideración necesaria para evitar el fracaso de la nueva legislación penal, debería estudiarse el problema carcelario, el de la actuación de las fuerzas de seguridad tanto en función de prevención como de auxiliar de la Justicia, la capacidad real de los órganos judiciales para aplicar las nuevas disposiciones penales, la existencia de órganos idóneos para controlar el cumplimiento de las nuevas penas imaginadas y sus alternativas, y las repercusiones reales que por aplicación del principio de la ley penal más benigna podrían tener sobre personas condenadas las disminuciones de penas previstas.

Las reconocidas dificultades para contestar todo esto, no debe ser valla para abordar su estudio en forma previa a toda reforma penal.

Introducción

El Código Penal constituye tan solo un aspecto de la política criminal del Estado y también solo una parte de todo su sistema penal.

Cualquier modificación del mismo que aspire a superar las correcciones puramente técnicas, debería pues atender a ese marco más amplio, para evitar tanto la eventualidad de contradicciones con otras políticas cuanto la frustración de buenas intenciones por imposibilidad de concreción.

Sin perjuicio del análisis que luego se hará de algunas de las disposiciones contenidas en el ACP, la mera advertencia de las múltiples modificaciones parciales y de distinto signo que ha soportado el Código Penal Argentino, la enorme cantidad de disposiciones penales incluidas en leyes muy distintas, y la exigencia de adecuación de sus reglas a disposiciones constitucionales y convencionales, brindaría, desde una perspectiva sistemática y dogmática, suficiente razón para impulsar su reforma.

Sin embargo, teniendo en cuenta que una buena política criminal para no constituir una pura abstracción, tanto debería considerar las posibilidades reales que tiene el sistema penal de asumir los problemas que previsiblemente resultarán de la reforma penal -regulando eventualmente el modo de derivarlos a otros segmentos del sistema legal-, cuanto considerar -obviamente en forma estimativa pero a la luz de experiencias anteriores- las ventajas y desventajas que se obtendrían con las modificaciones, para expedirnos sobre la reforma penal propuesta sin incurrir en el error de mirar solo la cuestión normativa, deberíamos disponer de otra información, que en estos momentos no tenemos a nuestro alcance y que ignoramos si tuvo la Comisión redactora del ACP.

Entre otras cuestiones, todas de difícil y compleja respuesta, pero de consideración necesaria para evitar el fracaso de la nueva legislación penal, debería estudiarse el problema carcelario, el de la actuación de las fuerzas de seguridad tanto en función de prevención como de auxiliar de la Justicia, la capacidad real de los órganos judiciales para aplicar las nuevas disposiciones penales, la existencia de órganos idóneos para controlar el cumplimiento de las nuevas penas imaginadas y sus alternativas, y las repercusiones reales que por aplicación del principio de la ley penal más benigna podrían tener sobre personas condenadas las disminuciones de penas previstas.

Las reconocidas dificultades para contestar todo esto, no debe ser valla para abordar su estudio en forma previa a toda reforma penal.

Como quiera que sea, es pertinente dejar en este mismo momento constancia de que si se avanza sobre la reforma, resultará imprescindible establecer un considerable período de vacancia de la ley para permitir por un lado su comprensión y estudio por quienes habrán de aplicarla, y por otro la adecuación de ciertas realidades a la norma.

Debemos también dejar constancia de nuestra inquietud respecto a muchas normas referidas a la determinación de las penas y sus alternativas, por su excesiva laxitud. Aunque pueda resultar ponderable la confianza en la prudencia de los jueces, resultaría conveniente incluir en ellas el deber de analizar datos objetivos que acoten el margen de discrecionalidad.

Finalmente y antes de pasar al análisis de las normas proyectadas, se impone consignar que en razón del escaso tiempo acordado a la Universidad para su estudio, resulta imposible asumir la consideración de todos los preceptos del ACP, por lo que solo se analizarán aquéllos que se han entendido especialmente relevantes, quedando empero en claro que **la omisión de estudio de los demás de ningún modo ha de entenderse como una forma de acuerdo con ellos.**

Análisis del Libro Primero: Parte General

Respecto de la parte general, se ha creído conveniente expresar opinión sobre los siguientes aspectos:

Principio de ofensividad

Preliminarmente, en cuanto a la enunciación de los Principios contenido en el art. 1) del proyecto de reforma, en particular al Principio de Ofensividad (art. 1º apartado 2, inc. "c", el que dispone "*Ofensividad: No hay delito sin lesión o peligro efectivo para algún bien jurídico*"), cabe señalar que la utilización de la expresión "peligro efectivo" requiere de ulteriores precisiones, dado que no se opta directamente por la voz "peligro concreto". Ello así máxime si se advierte que se continúa regulando en materia de tenencia de explosivos y elementos de destrucción masiva, tenencia y portación de armas, de estupefacientes, como así también sobre falsificaciones de monedas, sellos timbres y marcas y documentos en general.

Si bien es claro que el objetivo propuesto es la eliminación de los delitos de peligro abstracto del elenco de prohibiciones punibles, no solo debería utilizarse la voz "peligro concreto", sino que deberían reconducirse a otros ámbitos sancionatorios las figuras mencionadas a modo de ejemplo, que desde siempre han reconocido una estructura abstracta en la afectación a bienes jurídicos aparentemente colectivos y genuinamente colectivos.

El proyecto consagra un específico modo de concebir la ofensividad, siendo aquella condicionada al desvalor del resultado (natural). En tanto la ofensividad condicionada al desvalor de conducta⁽¹⁾, y/o diferenciada (modelo de agresión versus modelo de peligro⁽²⁾), son rechazadas, haciendo prevaler una vez más una especial posición doctrinal al respecto.

Pretendida exclusión de la omisión impropia

Respecto del art. 1 inc. 2 "a" del ACP, los motivos expresados en el documento respectivo, expuestos enfáticamente como inspirados en criterios de legalidad estricta, permiten dejar entrever un velado rechazo hacia los ilícitos de omisión impropia.

Si alguien siguiera los escasísimos (o acaso aparentes) fundamentos expuestos en aquel lugar sin haber consultado previamente las proposiciones concretas para los que fueran esbozados, no tendría razones para dudar de la admisión de aquellos ilícitos en el texto legal proyectado. Sin embargo, dicha convicción se aligeraría sobremanera ante la mera lectura del único ras-

⁽¹⁾ Sancinetti, Marcelo A., "El pensamiento de la Ilustración y el llamado "principio de lesividad", Lección de investidura por el título de Doctor honoris causa en la Universidad de la Cuenca del Plata, Corrientes, Argentina, 2010.

⁽²⁾ Kindhäuser, Urs, "Estructura y legitimación de los delitos de peligro del derecho penal", In Dret, 2009.

Análisis del Libro Primero: Parte General

Respecto de la parte general, se ha creído conveniente expresar opinión sobre los siguientes aspectos:

Principio de ofensividad

Preliminarmente, en cuanto a la enunciación de los Principios contenido en el art. 1) del proyecto de reforma, en particular al Principio de Ofensividad (art. 1º apartado 2, inc. "c", el que dispone "*Ofensividad: No hay delito sin lesión o peligro efectivo para algún bien jurídico*"), cabe señalar que la utilización de la expresión "peligro efectivo" requiere de ulteriores precisiones, dado que no se opta directamente por la voz "peligro concreto". Ello así máxime si se advierte que se continúa regulando en materia de tenencia de explosivos y elementos de destrucción masiva, tenencia y portación de armas, de estupefacientes, como así también sobre falsificaciones de monedas, sellos timbres y marcas y documentos en general.

Si bien es claro que el objetivo propuesto es la eliminación de los delitos de peligro abstracto del elenco de prohibiciones punibles, no solo debería utilizarse la voz "peligro concreto", sino que deberían reconducirse a otros ámbitos sancionatorios las figuras mencionadas a modo de ejemplo, que desde siempre han reconocido una estructura abstracta en la afectación a bienes jurídicos aparentemente colectivos y genuinamente colectivos.

El proyecto consagra un específico modo de concebir la ofensividad, siendo aquella condicionada al desvalor del resultado (natural). En tanto la ofensividad condicionada al desvalor de conducta⁽¹⁾, y/o diferenciada (modelo de agresión versus modelo de peligro⁽²⁾), son rechazadas, haciendo prevaler una vez más una especial posición doctrinal al respecto.

Pretendida exclusión de la omisión impropia

Respecto del art. 1 inc. 2 "a" del ACP, los motivos expresados en el documento respectivo, expuestos enfáticamente como inspirados en criterios de legalidad estricta, permiten dejar entrever un velado rechazo hacia los ilícitos de omisión impropia.

Si alguien siguiera los escasísimos (o acaso aparentes) fundamentos expuestos en aquel lugar sin haber consultado previamente las proposiciones concretas para los que fueran esbozados, no tendría razones para dudar de la admisión de aquellos ilícitos en el texto legal proyectado. Sin embargo, dicha convicción se aligeraría sobremanera ante la mera lectura del único ras-

⁽¹⁾ Sancinetti, Marcelo A., "El pensamiento de la Ilustración y el llamado "principio de lesividad", Lección de investidura por el título de Doctor honoris causa en la Universidad de la Cuenca del Plata, Corrientes, Argentina, 2010.

⁽²⁾ Kindhäuser, Urs, "Estructura y legitimación de los delitos de peligro del derecho penal", In Dret, 2009.

Análisis del Libro Primero: Parte General

Respecto de la parte general, se ha creído conveniente expresar opinión sobre los siguientes aspectos:

Principio de ofensividad

Preliminarmente, en cuanto a la enunciación de los Principios contenido en el art. 1) del proyecto de reforma, en particular al Principio de Ofensividad (art. 1º apartado 2, inc. "c", el que dispone "*Ofensividad: No hay delito sin lesión o peligro efectivo para algún bien jurídico*"), cabe señalar que la utilización de la expresión "peligro efectivo" requiere de ulteriores precisiones, dado que no se opta directamente por la voz "peligro concreto". Ello así máxime si se advierte que se continúa regulando en materia de tenencia de explosivos y elementos de destrucción masiva, tenencia y portación de armas, de estupefacientes, como así también sobre falsificaciones de monedas, sellos timbres y marcas y documentos en general.

Si bien es claro que el objetivo propuesto es la eliminación de los delitos de peligro abstracto del elenco de prohibiciones punibles, no solo debería utilizarse la voz "peligro concreto", sino que deberían reconducirse a otros ámbitos sancionatorios las figuras mencionadas a modo de ejemplo, que desde siempre han reconocido una estructura abstracta en la afectación a bienes jurídicos aparentemente colectivos y genuinamente colectivos.

El proyecto consagra un específico modo de concebir la ofensividad, siendo aquella condicionada al desvalor del resultado (natural). En tanto la ofensividad condicionada al desvalor de conducta⁽¹⁾, y/o diferenciada (modelo de agresión versus modelo de peligro⁽²⁾), son rechazadas, haciendo prevaler una vez más una especial posición doctrinal al respecto.

Pretendida exclusión de la omisión impropia

Respecto del art. 1 inc. 2 "a" del ACP, los motivos expresados en el documento respectivo, expuestos enfáticamente como inspirados en criterios de legalidad estricta, permiten dejar entrever un velado rechazo hacia los ilícitos de omisión impropia.

Si alguien siguiera los escasísimos (o acaso aparentes) fundamentos expuestos en aquel lugar sin haber consultado previamente las proposiciones concretas para los que fueran esbozados, no tendría razones para dudar de la admisión de aquellos ilícitos en el texto legal proyectado. Sin embargo, dicha convicción se aligeraría sobremanera ante la mera lectura del único ras-

⁽¹⁾ Sancinetti, Marcelo A., "El pensamiento de la Ilustración y el llamado "principio de lesividad", Lección de investidura por el título de Doctor honoris causa en la Universidad de la Cuenca del Plata, Corrientes, Argentina, 2010.

⁽²⁾ Kindhäuser, Urs, "Estructura y legitimación de los delitos de peligro del derecho penal", In Dret, 2009.

Análisis del Libro Primero: Parte General

Respecto de la parte general, se ha creído conveniente expresar opinión sobre los siguientes aspectos:

Principio de ofensividad

Preliminarmente, en cuanto a la enunciación de los Principios contenido en el art. 1) del proyecto de reforma, en particular al Principio de Ofensividad (art. 1º apartado 2, inc. "c", el que dispone "*Ofensividad: No hay delito sin lesión o peligro efectivo para algún bien jurídico*"), cabe señalar que la utilización de la expresión "peligro efectivo" requiere de ulteriores precisiones, dado que no se opta directamente por la voz "peligro concreto". Ello así máxime si se advierte que se continúa regulando en materia de tenencia de explosivos y elementos de destrucción masiva, tenencia y portación de armas, de estupefacientes, como así también sobre falsificaciones de monedas, sellos timbres y marcas y documentos en general.

Si bien es claro que el objetivo propuesto es la eliminación de los delitos de peligro abstracto del elenco de prohibiciones punibles, no solo debería utilizarse la voz "peligro concreto", sino que deberían reconducirse a otros ámbitos sancionatorios las figuras mencionadas a modo de ejemplo, que desde siempre han reconocido una estructura abstracta en la afectación a bienes jurídicos aparentemente colectivos y genuinamente colectivos.

El proyecto consagra un específico modo de concebir la ofensividad, siendo aquella condicionada al desvalor del resultado (natural). En tanto la ofensividad condicionada al desvalor de conducta⁽¹⁾, y/o diferenciada (modelo de agresión versus modelo de peligro⁽²⁾), son rechazadas, haciendo prevaler una vez más una especial posición doctrinal al respecto.

Pretendida exclusión de la omisión impropia

Respecto del art. 1 inc. 2 "a" del ACP, los motivos expresados en el documento respectivo, expuestos enfáticamente como inspirados en criterios de legalidad estricta, permiten dejar entrever un velado rechazo hacia los ilícitos de omisión impropia.

Si alguien siguiera los escasísimos (o acaso aparentes) fundamentos expuestos en aquel lugar sin haber consultado previamente las proposiciones concretas para los que fueran esbozados, no tendría razones para dudar de la admisión de aquellos ilícitos en el texto legal proyectado. Sin embargo, dicha convicción se aligeraría sobremanera ante la mera lectura del único ras-

⁽¹⁾ Sancinetti, Marcelo A., "El pensamiento de la Ilustración y el llamado "principio de lesividad", Lección de investidura por el título de Doctor honoris causa en la Universidad de la Cuenca del Plata, Corrientes, Argentina, 2010.

⁽²⁾ Kindhäuser, Urs, "Estructura y legitimación de los delitos de peligro del derecho penal", In Dret, 2009.

tro lingüístico relacionado con la cuestión. Cualquier desprevenido que ignorase el significado del derecho penal liberal debería concluir, a partir de la lectura de la norma proyectada, que los arrestos del poder penal no son ilimitados, y que existe algo –que bien sabemos nosotros se denomina principio de legalidad– idóneo para inhibir cualquier desborde o desmesura de represión. Así, esta regla mágica según la cual *“Solo son punibles las acciones u omisiones dolosas descritas en la ley, a menos que también se disponga pena para las culposas”*, parece cortada a la medida de las declamaciones retóricas, además de contener un atrevido e innecesario refuerzo de cuanto definiera el constituyente en su art. 18 y, finalmente por si faltara algo, promete convertirse entonces en una fuente de malos entendidos que pretende ignorar las reglas elementales de la semántica, por cuya merced se intenta echar por la borda una tradición normativa afianzada en reglas de comunicación normativo-social suficientemente aseguradas. Comenzando por esto último, no luce ningún argumento expreso que permita conocer la justificación explicativa de la preferencia que se considera sugerida, como no fuera una enfática vigencia del mandato de legalidad escrita y estricta.

La elaboración de los modos de conducta cuya reprobación social el derecho penal convierte en objeto de sus normas, ya no parte como algo indiscutido de la obligación originaria consistente en retraerse de modo mecánico y activo sobre la esfera de otro, de un modo que la no evitación de un resultado constituya un cuerpo extraño en los modernos programas regulativos. Tampoco esta afirmación necesita apoyarse en Feuerbach y sus razones, pues el texto del art. 1 inc. 2 a) resulta inidóneo para siquiera temer que, por su exclusiva merced, desaparezca la posibilidad de asumir una interpretación de sus tipos de la parte especial con arreglo a un sentido menos naturalista y devoto a literalismos.

Que se nos recuerde de modo fútil que solo son punibles las acciones u omisiones descritas en la ley, representa también un modo de reafirmar con la misma obviedad, que el sentido normativo de tales acciones incluye el fenotipo casual de quien omite y, entonces, actúa.

La expresión “voluntad directa” y la pretensión de exclusión del dolo eventual

En relación a la expresión “voluntad directa” mediante la cual parecen ceñirse los comportamientos activos y omisivos merecedores de reprobación, el texto muestra una indisimulada preferencia por un concepto de dolo denominado directo, y que entonces permitiría excluir sus pares doctrinales “eventual” y “de consecuencias necesarias o conciencia segura”. Esto se muestra manifiesto en relación, siquiera, al primero de estos, el dolo eventual, porque así lo señala el documento expositivo de razones, invocándose como fundamento de esta supuesta restricción a la diáspora teórica que ha suscitado y los problemas de allí derivados. Aun así y pese a todo, el ACP no logrará su objetivo, si –convertido en ley– rigiera la caracterización del comportamiento digno de castigo en supuestos dolosos. En primer lugar porque la voluntad directa constituye un concepto inasible. La categoría del sistema del delito que mejor liga con el concepto de voluntad no es el dolo –bastará recordar la discusión habida entre intelectualistas y volitivistas– sino la acción –luego– así caracterizada como dolosa o imprudente.

Una voluntad indirecta no es propiamente una voluntad. En cualquier caso, si la psicología permitiera tolerarla, nada prejuzgaría acerca del conocimiento, en cuyo ámbito (dejando a salvo la discusión habida acerca de la interdependencia de ambos elementos) recién se plantearía lo que verdaderamente caracteriza al aspecto subjetivo del ilícito penal: la conciencia o posibilidad de haberla adquirido como patrones expresivos del dolo o la imprudencia. El ACP no exige conciencia sino voluntad directa. Su opuesto “la voluntad indirecta” como se expresara, no es una buena forma de caracterizar al dolo, al que no define. Y si de todos modos su presencia podría ser inferida –como ocurre actualmente– de la regulación de la tentativa, el ACP no incluye un “fin DIRECTO y determinado” de cometer un delito como su definición conceptual, lo que revela una mera declamación doctrinaria, antigua y político criminalmente inconveniente, en su pretensión de negar legalidad al dolo eventual.

Por estas razones, se sugiere suprimir dicha expresión, como fuente de probables malos entendidos.

El Hecho Punible

Bajo el Título II que denomina "*el hecho punible*", el art. 5 contempla las eximentes. El ACP mejora la metodología del texto vigente en el art. 34 del C. P., en la medida en que concentra distintos supuestos homogeneizados según la comunidad de consecuencia, concerniente –según se sabe– a la ausencia de punibilidad. Sin embargo, hubiera resultado más adecuado que el proyectista se comprometiera sistemáticamente, utilizando subtítulos que permitan dar identidad a las instituciones, en lugar de remitir a la consecuencia que comparten en tanto eximentes. Por ej., aludiendo a la licitud de la conducta amparada bajo causas de justificación. O a la ausencia de culpabilidad, cuando se reglamenta el error de prohibición o el estado de necesidad que exculpa. De todos modos, se trata –hasta aquí– de observaciones de estructura formal⁽³⁾.

1. Estado de necesidad justificante

En cuanto atañe a la regulación del *estado de necesidad justificante*, el ACP incluye componentes que fueran ya introducidos por vía doctrinaria, especialmente la cláusula de "adecuación", modificándose la relación del interviniente con la generación del riesgo. Se prevé la exclusión de quien lo provocara deliberadamente –*actio ilícita in causa*–, lo que significa acotar la injerencia del autor solo a los hechos intencionales, y no a los provocados negligentemente como todavía lo prevé el código vigente, al conformarse con que aquel no resulte "extraño" al peligro conjurado. No resulta inobjetable, sin embargo, la exclusión del ámbito permisivo de quien este obligado jurídicamente a soportar el peligro amenazante. El dato, aún cuando reconocido como virtualmente implícito para algunas constelaciones, no dejaría de exhibir cierta inconveniencia en su regulación positiva. Si cuanto se pretende es asegurar la vigencia de ciertas instituciones a costa del sacrificio de bienes que, en situaciones corrientes, hubieran posibilitado una acción legítima de salvamento, ya bastaba con una correcta intelección de la exigencia de "adecuación" que se incluyera en el texto, o bien acaso antes con una renovada valoración del juicio de ponderación de intereses contrapuestos. La Exposición de Motivos, en lugar de ofrecer bases de comprensión que permitan inteligir el sentido de esta exigencia, se muestra vacilante. Así, luego de reconocer que los deberes de garantía de protección o salvación excluyen a sus titulares del ámbito de la justificación, admite que al parecer esto no habría de ocurrir en apariencia, reforzándose la idea de exigibilidad proveniente de un juicio de ponderación sobre el mayor deber del funcionario. Por si faltara añadir algo, la Exposición reconoce que esta exigencia no puede llevarse al extremo, concluyendo –de modo ciertamente sorprendente– que, o bien no excluye la justificación en supuestos de altísima gravedad o bien se tratará de un caso de exculpación.

(3) Todavía se suele calificar como sabia la decisión del legislador de 1921 cuando se analiza la cláusula de impunidad general prevista en el art. 34 del C. Penal. A ella se le debe, según se suele sostener, que la doctrina científica elabore e interprete sus conceptos de un modo relajado y sin prevaloraciones. Se puede dudar de esa sabiduría, una vez que –como es de sencilla comprobación– todavía amplios sectores del aparato judicial niegan la operatividad de muchas construcciones conceptuales, invocando al hacerlo la insuficiente contención normativa aportada por el legislador. Con mayor o menor alcance, desde el refugio positivista o ya bien desde un discutible acatamiento al discurso del legislador que no atinara a tanto, se sigue controvirtiendo en algunos lugares la regencia del error de prohibición o, en su caso, la solución que merecería su vencibilidad, tanto como los límites del estado de necesidad exculpante. El sistema conceptual de imputación del hecho punible constituye, en buena medida, un constructo suprallegal, y a su configuración –para bien o mal– debería subordinarse el legislador, si es que pretende programar sus enunciados con racionalidad. La teoría del delito, y sus categorías, no representan más que proposiciones científicas elaboradas a partir de estándares abstractos, que reproducen aspectos de sucesos generales. Su legitimidad proviene, precisamente, de una extensión conceptual que explicita las palabras del legislador, pero que también contribuye a configurarlas. Es decir, ya no se trata de una paráfrasis, sino de un *desideratum* normativo, sobre todo porque, al menos en el mismo entorno de cultura del cual proviene aquello que concebimos como sistema de imputación, las perturbaciones resultan similares. El desarrollo del sistema que pudo haber inspirado al proyectista de 1921 seguramente reconocía otra caracterización. Y el ritmo evolutivo que le siguiera, no fue acompañado por el legislador, cautivo como ha permanecido de su modelo, donde resultaba razonable aludir exclusivamente al error o ignorancia "de hecho". Alguien tuvo que acordarse de la Constitución Nacional y el principio de culpabilidad para desmentir aquel enunciado eximente como limitado al error *facti*. Pero también es cierto que la interpretación constitucional de muchos años atrás, no hubiera rechazado una respuesta penal respecto de aquel que hubiera obrado sin conciencia del ilícito.

La exclusión del círculo de posibles justificados de aquellos obligados a afrontar el riesgo, constituye un requerimiento pacífico del *estado necesidad exculpante*, como –por otra parte– lo consagra el proyecto en su lugar. Pero los fundamentos de la corrección de una conducta –justificación– y los de la responsabilidad –imputación personal/culpabilidad– abonan en favor de la necesidad de establecer dicho círculo de modo general solo al tipo exculpatorio, el que restaría como especial propio delimitado negativamente (es decir, no operativo respecto de quienes ocupen posiciones especiales cuyo deber consistiera en arrostrar el peligro). Aquellos fundamentos fueron correctamente empleados al definir la fórmula exculpatoria de la necesidad, mediante inc. G) del art. 5 del ACP.

A propósito de esta institución, su regulación se exhibe pacífica y viene a reemplazar la categoría de la “coacción”. Con la salvedad de no excluir ningún bien jurídico del ámbito exculpatorio, el precepto se alinea en dirección de la legislación comparada en nuestra tradición jurídica.

2. Presunción *iuris tantum* a favor del agente en contextos de violencia doméstica

En cuanto a las eximentes del hecho punible, contenidas en el art. 5, se destaca como novedad la inclusión de una nueva presunción *iuris tantum* en el último párrafo del inciso d) del citado artículo, mediante la cual aquellas defensas que tuvieran lugar “en un contexto de violencia doméstica y el agredido hubiere sufrido anteriores hechos de violencia”, gozan de una presunción de legitimidad.

En primer lugar, cabe reflexionar sobre la necesidad de incorporar una presunción específica para las agresiones que se verifican en las relaciones de garantía fundadas en vínculos familiares.

En segundo lugar cabe observar que la expresión “contexto de violencia doméstica” luce como un concepto demasiado abierto para presumir la justificación de la conducta, máxime si se carece de toda precisión del mismo en el propio art. 63 del proyecto.

Por último, el requisito referido a que el agredido hubiere sufrido anteriores hechos de violencia, también requiere de precisión, pues no se advierte la entidad necesaria de los mismos, como así tampoco su grado de verosimilitud y constatación.

En conclusión, más allá del loable esfuerzo por erradicar “la milenaria hegemonía patriarcal como pauta cultural” (Exposición de Motivos), una inclusión vaga e imprecisa de una presunción *iuris tantum* en un sistema de justificación de la legítima defensa, puede dar lugar a dificultades interpretativas y a la elusión de las reglas generales de dicha causa de justificación, atendiendo solo a la cuestión de género implicada en el caso.

3. Regulación de las causales de inimputabilidad

El inc. H) del mismo artículo regula cuanto habitualmente se ha mentado como supuestos de *inimputabilidad*. Y lo hace de un modo satisfactorio, al renunciar a referencias patológicas, o indicaciones nosotáxicas, prefiriendo a cambio señalar la irrelevancia de la anomalía, trastorno o alteración psíquica en cuanto a su extensión temporal, al calificarla como permanente o transitoria en cuanto presupuesto de la incapacidad de comprensión del desvalor criminal del hecho o de su autoconducción si aquel no fuera el caso. Si bien “el momento del hecho” al que alude el art. 34 del C. P. vigente, ha permitido introducir la transitoriedad de aquellos factores como presupuesto de la eximente, contemplarlo expresamente, como ocurre en el ACP, resulta más adecuado, aportando en favor de la seguridad jurídica.

4. Regulación de los supuestos de error

En los incisos restantes del artículo, se excluye la *pena por error*, se trate ya bien de prohibición, sobre los presupuestos de una causa de justificación o sobre situaciones de exculpación, a condición de que resultaren invencibles. Más allá de la diferenciación de cada constelación, se uniforma la respuesta de impunidad. La regulación muestra corrección y encuentra suficiente sustento en la doctrina científica.

5. Regulación de la pena por culpa y supuestos de disminución de pena

Bajo la rúbrica "Pena por culpa. Disminución de pena", el texto regula en su art. 6 distintas situaciones minorantes de pena, comprometiéndose a propósito de algunas de ellas y de modo inconveniente según creemos, con las soluciones provenientes de opiniones que distan de mantener la cualidad "mayoritaria" en el ámbito de la doctrina y la jurisprudencia. Se hace especial referencia a la siempre controvertida cuestión atingente al error sobre los presupuestos de una causa de justificación. Controversia que, ello no obstante, se sostiene en el plano argumentativo y no consecuencial, pues prácticamente resulta dominante el criterio conforme al cual, la vencibilidad de tal error solo conduce a la pena por imprudencia del correspondiente delito -sistema de castigo selectivo-. En esta línea, tallan las teorías de la "culpabilidad limitada", "dependiente", "de remisión a las consecuencias jurídicas", hasta la del "total tipo de ilícito". Pues el ACP, a pesar de declararse prescindente acerca de aquel marco teórico conceptual (consultar Exposición de Motivos del art. 5 inc. 1, "j"), no se ahorró luego en expresar su preferencia valorativa por la explicación menos defendida en el ámbito científico -teoría del dolo-, tal como lo admiten sus autores en el documento de motivos al comentar el art. 6 incs. a y b del ACP, aun cuando ello no viniera acompañado de razones que justificasen dicha opción. En este sentido, resulta inexplicable que se acabe admitiendo en dicho comentario que podría tratarse de conductas imprudentes -culposas según sus términos- con pena diferenciada, cuando previamente se admitiera que los errores cuya regulación se fundamenta no dan lugar a tipicidad imprudente -culposa, según sus términos-. Pues si aquella posibilidad que deja abierta la indicación de motivos del ACP fuera atendible y consecuente con el régimen cerrado de la imprudencia, entonces en ocasiones ni siquiera cabría plantearse una penalidad atenuada, sino directamente una eximente.

Si bien es cierto que un determinado ordenamiento permite reconocer una determinada opción teórica que lo sustente, cuando se parte de reconocer expresamente la bondad de una de las disponibles en el ámbito científico, debe igualmente explicitarse la ventaja que ello significa para sus redactores, en lugar de suscribir fórmulas de referencia solo nominativas, sobre todo cuando la elección recae sobre construcciones largamente superadas por la tradición científica. En pocas palabras, si el proyecto ha regulado el error vencible sobre los presupuestos objetivos -mejor, fácticos- de una causa de justificación, conminándolo siempre con una pena atenuada -inc. 2 "b" del art. 6, ACP-, y si dicha solución no es precisamente la que merecería ser definida como mayoritaria o dominante, se concluye en un contrasentido: de su lado material, porque no es político criminalmente preferible dicha solución frente a la que conmina con pena eventual su ocurrencia (numerus clausus de imprudencia), y de su lado formal porque no ha sido objeto de fundamentación suficiente.

Constituye un casi sobreentendido en el ámbito de la ciencia del derecho penal distinguir los fallidos vencibles que recaen sobre la estructura fáctica de un enunciado permisivo, de aquellos que gravan la conciencia del sujeto sobre la desaprobación jurídico penal del hecho (error vencible acerca de la criminalidad del acto según el inc. 2 "a" del art. 6, ACP). No se comprende por qué razón se trata a los primeros -siquiera para el ámbito que ahora se critica- como si perteneciesen al segundo grupo, nivelando la respuesta punitiva para ambos supuestos.

En este punto, el ACP merecería ser modificado, incluyendo el error vencible sobre los presupuestos de una causa de justificación, junto al error de idéntica condición sobre algún elemento constitutivo de la descripción legal del hecho (art. 6, inc. 1, ACP)

Constituye un acierto, por contra, la regulación del error vencible sobre una situación de necesidad exculpante (contemplado, a pesar de ello y de modo incorrecto como se expusiera, junto al error sobre los presupuestos de una causa de justificación en el art. 6 inc. 2 "b", ACP). Si debe castigarse a quien yerra venciblemente sobre la concurrencia de las circunstancias de un tipo de justificación, debería serlo también quien lo hace sobre las pertenecientes a una causa de exculpación, aun cuando resulte objetable que ambos supuestos en el proyecto conduzcan al mismo marco penal.

Se identifica allí, dicho otra vez más, un error cognitivo fáctico con un déficit mayormente motivacional, y es la razón por la cual, concurriendo vencibilidad, en el primer caso la pena debería ser eventual y en el segundo necesaria. En el primer caso el autor supone actuar con arreglo a derecho, en el segundo, solo de modo irreprochable. La uniformidad sancionatoria del ACP

parece desconocer la diferencia entre descuidos o falta de cercioramientos alusivos a ciertos aspectos del hecho, con motivaciones incorrectas imputables a quien las padece.

6. Regulación de la Tentativa

En relación con la *tentativa*, el ACP sigue la fórmula actualmente vigente, modificando la construcción reducida de su marco penal, al que sitúa en la mitad del mínimo y en los dos tercios del máximo con relación al delito consumado respectivo. Esta modificación, no obstante, se introduce mediante una redacción cuya semántica puede suscitar dudas, al menos con relación al máximo. Hubiera resultado preferible reemplazarla, de modo más sencillo y claro por la siguiente: "...reducida en la mitad del mínimo y en un tercio del máximo."

El ACP contempla, en el art. 8, y bajo el subtítulo "idoneidad", una aparente regulación de la tentativa que lleva ese atributo.

En dicho lugar se parte del juicio de idoneidad según los objetos sobre los que recayera, siguiendo una tradición arraigada en la doctrina y la jurisprudencia. Sin embargo, sustrae del ámbito de lo jurídico penalmente relevante a la tentativa por idoneidad de objeto (art. 8 inc. 2, ACP) suscribiéndose a la antigua teoría "*mangel am tatbestand*" o carencia de tipo. La limitación del proyecto se convierte, entonces, en blanco de las mismas críticas que suscitara esta orientación teórica, revelándose como ceñida a una dimensión naturalista de la noción de bien jurídico y pretendidamente sumisa al enunciado que incluye en su art. 1 inc. 2 "c". El principio de ofensividad no debe coincidir con la noción de peligro concreto a un bien jurídico. En todo caso, el texto bajo análisis pretende caracterizar como punible la tentativa inidónea en tanto el respectivo juicio recayera sobre medios manifiestamente ineptos para alcanzar la consumación. Sin embargo, inmediatamente recuerda que si no hubiere mediado peligro para el bien jurídico se deberá eximir de pena. Esto constituye una contradicción, tan pronto no se aclara desde qué dimensión (*ex-ante/ex-post*) se enjuicia el peligro. Si una tentativa inidónea se caracteriza, al menos para la doctrina dominante, por la ausencia de peligro (cuando menos *ex-post*), y si la exención de pena viene asociada a esta circunstancia, pues el producto parece obvio: jamás se castigaría una tentativa inidónea, y su contemplación regulativa -siquiera para la que recae sobre medios- mostraría cierta histeria normativa, de textura vacía e improductiva retórica. Más aún cuando se prevé para tales supuestos una reducción de pena solo facultativa al mínimo legal de su especie. La Exposición de Motivos pretende explicar la ausencia de peligro a que diere lugar un supuesto de eximición de pena con cita de la tentativa supersticiosa. Esta valoración da lugar a distintas consideraciones. Primeramente, la identificación de una tentativa inidónea con otra supersticiosa constituye un error. Claramente la doctrina y la jurisprudencia la marginan como hipótesis de tentativa punible. En segundo lugar, si el ACP ciñe la ausencia de peligro exclusivamente a la tentativa supersticiosa, entonces resultaría siempre punible la tentativa inidónea, pero a costa de introducirle variables de riesgo que la doctrina mayoritaria le niega de modo uniforme.

Entendemos, pese a ello, que la regulación de esta tentativa merece ser incluida en una reforma a la ley penal. La referencia a la peligrosidad del actual art. 44 del C.P. constituye un cuerpo extraño como baremo de punición, pese a la prudencia con que resulta empleado por la doctrina y jurisprudencia. Respecto de la cláusula que se critica en el ACP, consideramos que hubiera resultado deseable -además de incluir como una de sus expresiones posibles a la idoneidad de objeto- que la atenuación de pena o su exclusión se confiaran al "justo parecer" jurisdiccional como lo prevé el parágrafo 23 del C.P. Alemán. Y a quien le resulte sugestivo este *justo parecer* como paráfrasis del temido *sano sentimiento popular*, le corresponderá probar que la referencia actual a la "peligrosidad" deja a buen resguardo el principio del hecho de toda posible amenaza.

No debería temerse de una concesión semejante a la magistratura. En todo caso, la sugerencia no resultaría más riesgosa que el criterio actualmente en vigor. Se trataría, según creo, de una discrecionalidad en sentido débil, y entonces, sujeta al contralor de racionalidad y cuanto supone: verificación de observancia sobre su motivación proporcionada y sumisa a los fines de la pena.

7. Concursos de delitos

En la Exposición de Motivos se reconoce abiertamente la consagración de la "teoría de la unidad" (posición realista)⁽⁴⁾, de impronta ontologicista, que concibe al delito como una conducta (natural) que se desvalora, teniendo como apoyo la técnica legislativa que construye las regulaciones conforme a resultados aislados y abstrayéndolos de su coincidencia⁽⁵⁾.

Ello a pesar de que los defensores de la teoría de la unidad se ven obligados a valorar como un solo hecho, aquel supuesto en que una conducta (en sentido no típico) realiza varios tipos penales⁽⁶⁾, de modo que se tiende a la utilización del concurso ideal impropio o concurso aparente. Según los defensores de la teoría de la unidad, dicha concepción implica un respeto irrestricto a la prohibición de la múltiple persecución (ne bis in idem), dado que se impide perseguir a la misma persona por el mismo hecho sirviéndose de las diferentes calificaciones⁽⁷⁾. Esta teoría concibe naturalísticamente no solo la noción de conducta, sino también el propio concepto de delito⁽⁸⁾.

El tenor de la regulación proyectada excluye la construcción teórica opuesta denominada "teoría de la pluralidad" (posición idealista)⁽⁹⁾, de raigambre normativista, que identifica al delito con la desvaloración del hecho⁽¹⁰⁾. Así, mientras que el concepto de conducta es determinado naturalísticamente, el concepto de delito es delineado jurídicamente.

En definitiva, esta postura se basa en la constatación de que las cualidades de un hecho pueden ser cada una por sí misma sometidas a paralelas valoraciones jurídicas, y en tal sentido una conducta puede realizar varios delitos⁽¹¹⁾. Esta postura es criticada por los riesgos que conlleva de multiplicación típica de una sola conducta en sentido natural, pues entiende que de seguirse coherentemente esta teoría, todos los casos de concurso ideal se deberían solventar en el concurso real⁽¹²⁾.

Así, se impone definitivamente una posición doctrinal sobre otras posibles e igualmente válidas, obturando la discusión al momento de la interpretación y aplicación de los preceptos.

Se considera que la consagración de específicas posiciones, atentan en el tiempo a la utilización del sistema de concursos, y anclan los conceptos en un estadio determinado de la discusión doctrinal.

En tal sentido se estima que debería proyectarse una formulación que permita distintas interpretaciones dogmáticas, dado que son cuestiones muy discutidas y sobre las cuales no existe actualmente un acuerdo generalizado en la ciencia del Derecho penal.

⁽⁴⁾ von Liszt, Mezger, Maurach, M.E. Mayer, seguida por Zaffaroni, formulada con la conocida expresión gráfica: "quien tiene un caballo de carreras blanco, no tiene dos caballos - uno blanco y otro de carreras - sino un único caballo con dos calidades, la de ser blanco y la de ser de carreras".

⁽⁵⁾ Jakobs, Günther, "Derecho penal - Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación", 2da. Edición, traducción de J. Cuello Contreras, & J. L. Serrano González de Murillo, Marcial Pons, Madrid, 1997, pág. 1080.

⁽⁶⁾ Ej. el lanzamiento de una piedra que lesiona a una persona y daña un vidrio.

⁽⁷⁾ Zaffaroni, Eugenio R.; Alagia, Alejandro; Slokar, Alejandro, "Derecho penal - Parte General", 2ª edición, Buenos Aires, 2008, pág. 854.

⁽⁸⁾ Jakobs, op.cit., pág. 1080.

⁽⁹⁾ Binding, Frank, Niese, Schmidhäuser, H. Mayer, Jakobs. Se contradice la expresión gráfica del caballo blanco y de carreras, señalando que: "Del fin de la regulación depende que el Derecho conecte sus valoraciones a cosas, a sus cualidades o algo distinto. Si, p.ej., se establece un impuesto sobre los caballos de carreras como objeto de lujo, y sobre los caballos blancos, por su falta de calidad en la selección de razas, es evidente la doble consecuencia jurídica sobre la posesión de una sola cosa; pues bien, análogamente ocurre en caso de varias realizaciones típicas mediante una sola acción en sentido «natural» o jurídico". Jakobs, op.cit., págs. 1080/1081, con cita de Puppe y Schmidhäuser.

⁽¹⁰⁾ Jakobs, op.cit, pág. 1078/1080, diferencia el concepto de acción de la doctrina del concurso respecto del concepto de acción de la doctrina del tipo, afirmando: "... una acción que infringe una ley penal es una acción infractora de una ley penal sólo porque el resultado típico concreto es evitable. Esta acción determinada por medio de la evitabilidad no puede, por definición, infringir otra ley penal o la misma ley penal otra vez más, porque para ello habría de darse la evitabilidad de la ulterior realización del tipo concreto correspondiente, y esta evitabilidad ulterior no pertenece a la acción mediante la que se realiza el primer tipo. A la inversa, a la acción típica del delito ulterior no pertenece la evitabilidad de la realización del tipo del primer delito. Una acción típica es siempre sólo una infracción de la ley, y no también otra más.". Agrega luego: "...Los defensores de la teoría de la pluralidad sólo determinan naturalísticamente el concepto de acción en el concurso; el concepto de delito queda determinado sólo jurídicamente. La acción en sentido no típico se considera que puede realizar varios delitos. La unidad de acción y la pluralidad de delitos son compatibles en esta solución".

⁽¹¹⁾ Zaffaroni, Alagia, Slokar, op. cit., pág. 856, criticando a la teoría de la unidad de resultado (de corte causalista), también cuestionan esta posibilidad que admite la teoría de la pluralidad, al aseverar: "... una tesis totalmente idealista, para la cual el delito no sería una acción sino una tipicidad, ...".

⁽¹²⁾ Ibidem, pág. 854.

7. Concursos de delitos

En la Exposición de Motivos se reconoce abiertamente la consagración de la "teoría de la unidad" (posición realista)⁽⁴⁾, de impronta ontologicista, que concibe al delito como una conducta (natural) que se desvalora, teniendo como apoyo la técnica legislativa que construye las regulaciones conforme a resultados aislados y abstrayéndolos de su coincidencia⁽⁵⁾.

Ello a pesar de que los defensores de la teoría de la unidad se ven obligados a valorar como un solo hecho, aquel supuesto en que una conducta (en sentido no típico) realiza varios tipos penales⁽⁶⁾, de modo que se tiende a la utilización del concurso ideal impropio o concurso aparente. Según los defensores de la teoría de la unidad, dicha concepción implica un respeto irrestricto a la prohibición de la múltiple persecución (ne bis in idem), dado que se impide perseguir a la misma persona por el mismo hecho sirviéndose de las diferentes calificaciones⁽⁷⁾. Esta teoría concibe naturalísticamente no solo la noción de conducta, sino también el propio concepto de delito⁽⁸⁾.

El tenor de la regulación proyectada excluye la construcción teórica opuesta denominada "teoría de la pluralidad" (posición idealista)⁽⁹⁾, de raigambre normativista, que identifica al delito con la desvaloración del hecho⁽¹⁰⁾. Así, mientras que el concepto de conducta es determinado naturalísticamente, el concepto de delito es delineado jurídicamente.

En definitiva, esta postura se basa en la constatación de que las cualidades de un hecho pueden ser cada una por sí misma sometidas a paralelas valoraciones jurídicas, y en tal sentido una conducta puede realizar varios delitos⁽¹¹⁾. Esta postura es criticada por los riesgos que conlleva de multiplicación típica de una sola conducta en sentido natural, pues entiende que de seguirse coherentemente esta teoría, todos los casos de concurso ideal se deberían solventar en el concurso real⁽¹²⁾.

Así, se impone definitivamente una posición doctrinal sobre otras posibles e igualmente válidas, obturando la discusión al momento de la interpretación y aplicación de los preceptos.

Se considera que la consagración de específicas posiciones, atentan en el tiempo a la utilización del sistema de concursos, y anclan los conceptos en un estadio determinado de la discusión doctrinal.

En tal sentido se estima que debería proyectarse una formulación que permita distintas interpretaciones dogmáticas, dado que son cuestiones muy discutidas y sobre las cuales no existe actualmente un acuerdo generalizado en la ciencia del Derecho penal.

⁽⁴⁾ von Liszt, Mezger, Maurach, M.E. Mayer, seguida por Zaffaroni, formulada con la conocida expresión gráfica: "quien tiene un caballo de carreras blanco, no tiene dos caballos - uno blanco y otro de carreras - sino un único caballo con dos calidades, la de ser blanco y la de ser de carreras".

⁽⁵⁾ Jakobs, Günther, "Derecho penal - Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación", 2da. Edición, traducción de J. Cuello Contreras, & J. L. Serrano González de Murillo, Marcial Pons, Madrid, 1997, pág. 1080.

⁽⁶⁾ Ej. el lanzamiento de una piedra que lesiona a una persona y daña un vidrio.

⁽⁷⁾ Zaffaroni, Eugenio R.; Alagia, Alejandro; Slokar, Alejandro, "Derecho penal - Parte General", 2ª edición, Buenos Aires, 2008, pág. 854.

⁽⁸⁾ Jakobs, op.cit., pág. 1080.

⁽⁹⁾ Binding, Frank, Niese, Schmidhäuser, H. Mayer, Jakobs. Se contradice la expresión gráfica del caballo blanco y de carreras, señalando que: "Del fin de la regulación depende que el Derecho conecte sus valoraciones a cosas, a sus cualidades o algo distinto. Si, p.ej., se establece un impuesto sobre los caballos de carreras como objeto de lujo, y sobre los caballos blancos, por su falta de calidad en la selección de razas, es evidente la doble consecuencia jurídica sobre la posesión de una sola cosa; pues bien, análogamente ocurre en caso de varias realizaciones típicas mediante una sola acción en sentido «natural» o jurídico". Jakobs, op.cit., págs. 1080/1081, con cita de Puppe y Schmidhäuser.

⁽¹⁰⁾ Jakobs, op.cit, pág. 1078/1080, diferencia el concepto de acción de la doctrina del concurso respecto del concepto de acción de la doctrina del tipo, afirmando: "... una acción que infringe una ley penal es una acción infractora de una ley penal sólo porque el resultado típico concreto es evitable. Esta acción determinada por medio de la evitabilidad no puede, por definición, infringir otra ley penal o la misma ley penal otra vez más, porque para ello habría de darse la evitabilidad de la ulterior realización del tipo concreto correspondiente, y esta evitabilidad ulterior no pertenece a la acción mediante la que se realiza el primer tipo. A la inversa, a la acción típica del delito ulterior no pertenece la evitabilidad de la realización del tipo del primer delito. Una acción típica es siempre sólo una infracción de la ley, y no también otra más.". Agrega luego: "...Los defensores de la teoría de la pluralidad sólo determinan naturalísticamente el concepto de acción en el concurso; el concepto de delito queda determinado sólo jurídicamente. La acción en sentido no típico se considera que puede realizar varios delitos. La unidad de acción y la pluralidad de delitos son compatibles en esta solución".

⁽¹¹⁾ Zaffaroni, Alagia, Slokar, op. cit., pág. 856, criticando a la teoría de la unidad de resultado (de corte causalista), también cuestionan esta posibilidad que admite la teoría de la pluralidad, al aseverar: "... una tesis totalmente idealista, para la cual el delito no sería una acción sino una tipicidad, ...".

⁽¹²⁾ Ibidem, pág. 854.

8. Regulación del delito continuado

El delito continuado, en el artículo 13 del ACP ha sido objeto de una regulación expresa, siempre que por regulación se considere el establecimiento de la regla de su castigo. Así, solo se limita a considerar que *“Cuando los hechos constituyan delito continuado la pena aplicable será solamente la mayor de las previstas para esos hechos.”*

En primer lugar, el reconocimiento político criminal de la hipótesis de continuación delictiva no resulta obvio. Antes bien, la doctrina no valora como inobjetable la construcción de una situación normativa intermedia entre las clásicas formas de concurrencia conocidas. Así, se ha sostenido que, o bien se trata de un concurso ideal, o de otro material. Si de todos modos y frente a cierto contexto se cree necesario resolver de modo diferenciado una situación donde la pluralidad de acciones se mostrase obvia (y con ello al menos, insusceptible de evocar un concurso ideal), pues las razones que se aducen teóricamente para homogeneizar el suceso como una línea continua de ilícito no dejarán de exhibir un cariz polémico. No es este el lugar de ahondar en la preeminencia o equilibrio entre requerimientos objetivos y subjetivos –entre éstos, el dolo global versus el dolo continuador) que fueran exigidos para su admisión. Pero lo cierto es que el Derecho positivo debe tomar partido. Y el proyecto, en este punto, se ha resignado a introducir una regla de castigo mediante el criterio de mayoría de penas, lo que sugiere que los hechos –porque también puede tomarse como presupuesto dicho sustrato plural según el enunciado– pueden abarcar tipos básicos y cualificados, tal como expresamente se lo reconoce en la Exposición de Motivos. Sin embargo no se gana absolutamente nada superior con esta aparente regulación con relación al tipo de “interpretación” actualmente vigente, al par que introduce una solución punitiva similar a la del concurso ideal cuando –como es asumido mayoritariamente– concurren hechos plurales dependientes de un contexto subjetivo único, descuidándose que la calificación de un hecho habitualmente interrumpe la cadena de continuación, para esa mejor doctrina y jurisprudencia que se mencionan en la exposición de motivos. En este documento sorprende que, también, se incluyan como candidatos al delito continuado las afecciones a bienes personalísimos, con la excusa –mejor que argumento– de ignorarse cuáles sean tales. Es evidente que el mandato de legalidad no puede tolerar construcciones semejantes sobre la base de tal eventual esquema que se reconoce vacilante, aun cuando el resultado significase beneficiar al autor.

9. Regulación del concurso aparente

Se juzga innecesario introducir en el texto positivo reglas de la subsunción típica, como fase propia y ordinaria de la interpretación de la ley penal, pues sabido es que resulta usual que la selección del tipo legal se encuentre precedida por el análisis comparativo en abstracto de varias tipicidades, luego de la cual prevalece sólo una de ellas⁽¹³⁾.

Ante esta práctica se enfrentan dos concepciones doctrinarias: 1) aquella que afirma que se trata de un concurso de tipos o de leyes que efectivamente concurre y se configura, sólo que es resuelto por la aplicación de determinadas reglas; y 2) aquella que sostiene que la concurrencia de los preceptos legales es solo aparente, puesto que la correcta interpretación pone en evidencia que en el caso concurre sólo un tipo legal, bajo el cual debe operar la subsunción⁽¹⁴⁾.

La discusión si existe o no concurrencia es relativizada desde la perspectiva en que se observe el problema: si se considera el tipo penal aisladamente, en cuyo caso se debe afirmar la concurrencia plural de tipicidades; o si se tiene en cuenta las relaciones que entre sí ostentan los

⁽¹³⁾ Bacigalupo, E., “Derecho penal - Parte general”, 2ª edición, Hammurabi, Buenos Aires, 1999, págs. 570/571; Mir Puig, Santiago, “Derecho Penal - Parte General”, 7ª edición, B de F., Montevideo - Buenos Aires, 2005, pág. 646; Righi, Esteban, “Derecho Penal. Parte general”, Abeledo - Perrot, Buenos Aires, pág. 435; Stratenwerth, Günther, “Derecho penal - Parte general I. El hecho punible”, 4ª edición, traducción de Manuel Cancio Meliá y Marcelo A. Sancinetti, Hammurabi, Buenos Aires, 2005, pág. 540.

⁽¹⁴⁾ Mir Puig, op.cit., págs. 646/647, tomando partido por la primera alternativa teórica en razón de las combinaciones posibles de los preceptos desplazados y el preferente. Stratenwerth, op.cit., pág. 540, expresa que: *“También el concurso ‘impropio’ es un verdadero concurso...”*. Righi, op.cit., pág. 435, niega que se trate de un supuesto de concurso..

diferentes tipos concurrentes, advirtiéndose el desplazamiento de un tipo preferente en detrimento de otros⁽¹⁵⁾.

Por ello consagrar las reglas del concurso aparente es innecesario.

La regulación de la determinación de la pena

1. Nuestra normativa

Es sabido que nuestra legislación se basó en el sistema flexible del Código Bávaro de Feuerbach, -con la excepción de penas fijas como la perpetua-, pero en la modalidad del Suizo, es decir no con pautas legales de agravantes y atenuantes generales, sino de circunstancias de valoración ambivalente, es decir que tanto podían aumentar como disminuir la pena en concreto.

No obstante, el proyecto de 1906 recogió erróneamente en la redacción del actual art. 41 CP la fórmula del art. 100 del Bávaro, que graduaba la pena de los menores -de 8 a 12 y de 12 a 16 años-, al que se le agregó en el Senado lo atinente a la miseria o dificultad de sustento y la alusión a "peligrosas inclinaciones" del original, -en la traducción francesa de Vatel como "malas", luego como "perversidad", a la actual y deletérea "peligrosidad", apropiada por Juan P. Ramos de un modo patético como núcleo de la fórmula.

Esta anomalía conceptual, es decir el entendimiento "peligrosista" con un dejo Liszteano, -los elementos del delito serían un presupuesto formal de la peligrosidad del autor-, ha enturbiado la discusión fructífera sobre la determinación de la pena por mucho tiempo, hasta en quien, como Soler, fue un demoleedor crítico del peligrosismo.

2. Criterios Generales

Con buen criterio, el Proyecto reitera los principios Constitucionales y Convencionales de Legalidad, Culpabilidad, Humanidad, Personalidad y Proporcionalidad en la imposición de la pena, de los que deriva un sistema de contestación racional al injusto culpable.

Así se han eliminado: la pena de Reclusión -de un absurdo origen infamante-, que ya había visto menguada su diferenciación penitenciaria, como así también la pena de prisión perpetua, es decir no existen más penas fijas ni perpetuas. Si bien hemos sostenido desde siempre que ésta, en tanto podía ser fijada razonablemente en el segmento de la ejecución, soportaba el "test" de constitucionalidad, después de la grotesca inflación punitiva de las tristemente célebres "Leyes Blumberg", sobre todo en el aumento del tope máximo de la pena de prisión por vía del concurso real -que llevó el sistema de aspersion a los cincuenta años-, y del requisito temporal para la libertad condicional, -treinta y cinco años en caso de perpetua-, o su impedimento en algunos delitos, junto a las restricciones penitenciarias -art. 55 Ley 25.928-, se transformó claramente a esta pena en una pena cuasi eliminatoria, que contraría frontalmente a las garantías aludidas, -sobre todo el mandato de "no desocialización"-, pues significa en los hechos prácticamente la vida del condenado.

Y si bien es cierto que los Tratados Internacionales de Derechos Humanos no fijan un criterio de limitación temporal de las sanciones privativas de libertad, sí es una pauta de fundamentación innegable que el Tratado de Roma al establecer la Corte Penal Internacional, es decir la jurisdicción para el tratamiento de los crímenes de mayor entidad, -aquellos de los que Kant predicara el mal absoluto-, establezca un máximo de Treinta años, y la perpetua solo "... cuando lo justifiquen la extrema gravedad del crimen y las circunstancias personales del condenado..." (art. 77 inc. "b" del Estatuto de Roma). Pareciera que el Proyecto sigue esta línea junto a la positivización de los "Crímenes contra la Humanidad", -arts. 20; 64 a 66-, Crímenes de Guerra y Agresión y otras violaciones al Derecho Internacional Humanitario, recoge para los delitos de Genocidio -arts. 67 inc. 1º y 2º; 69 inc. 1º y 2º; 72-; los que extiende a los homicidios agravados, art. 76 inc. 2º; 77.

⁽¹⁵⁾ Zaffaroni, Alagia, Slokar, op.cit., pág. 867.

A su vez en la previsión del "concurso real" se restablece el sistema de aspersión en el que el tope acumulado no puede exceder del doble del máximo mayor, pero en ningún caso el de Treinta Años, con posibilidad de reemplazo en el régimen penitenciario por el amplio sistema de "Penas Alternativas", unánimemente aconsejados por la doctrina -arts. 21 a 30, 31 y 32.

No cabe así posibilidad alguna de interpretaciones como la que antes de la reforma al art. 55 CP ya aludida pretendió, que los delitos contra el Orden Constitucional contenían una agravante genérica que se podía extender a todo el código -art. 227 ter-, -en una pésima lógica argumental-, que nunca compartimos y que superaba los máximos de la especie de pena -entonces la del delito de homicidio.

Si bien es factible atender a un plausible mensaje comunicativo de prevención de anomia en el símbolo de lo perpetuo -siempre en el entendimiento que el régimen progresivo jurisdiccional de cumplimiento supedita a la competencia del condenado su liberación anticipada con el acatamiento de las reglas del encierro-, es igualmente defendible desde los compromisos internacionales adoptados constitucionalmente, que la pena impuesta sea la que -en el peor eventual tratamiento penitenciario-, lo máximo que deba cumplir el sancionado, quedando al régimen de ejecución que su reemplazo por las sanciones alternativas reflejen la evolución del interno sin lenidad alguna, es decir siempre bajo el principio de responsabilidad, y con los elementos de vigilancia que la tecnología avanzada pone hoy en plena disponibilidad, como superadores del mero encierro.

No debemos olvidar, más allá del aumento de la violencia de los conflictos que dan lugar a la actuación penal sobre todo vinculados a la criminalidad organizada, que el sistema carcelario de nuestro país -en muchos casos-, ha recibido condenas u observaciones de organismos internacionales por sus pésimas condiciones en orden al principio de dignidad de las personas alojadas. De todos modos no decimos nada novedoso si auguramos que este aspecto será uno de los más cuestionados desde un plano no científico, sino llanamente político.

El marco del sistema divisible de determinación legal de la pena se completa con la previsión de escalas atenuadas en los casos de error de tipo de injusto y de prohibición vencibles; imputabilidad disminuida; tentativa; participación secundaria; en la previsión de la imprudencia temeraria con un máximo que llega al mínimo del homicidio doloso, como ya había sido formulado en Proyectos anteriores con aceptación generalizada. En dicho marco encastra una armonización racionalizadora de las escalas penales de los tipos de la parte Especial, que había sido destruzada con las reformas parciales o las leyes especiales.

La judicialidad y variabilidad del régimen progresivo de cumplimiento ya aludido, con la batería de sanciones alternativas, se complementa con la exención de pena o disminución por debajo de los mínimos en casos de insignificancia, "poena naturalis", y culpabilidad post delictiva, "deconstructiva", amén de alternativas procesales a la persecución -oportunidad y Suspensión a prueba amplias-. Dentro de estos instrumentos que hacen al principio de "ultima ratio" penal, se halla la ampliación de la instancia privada para una gran cantidad de delitos patrimoniales; amenazas y coacciones; violación de domicilio; omisión de deberes asistenciales e impedimento de contacto (art. 43, ACP).

Son compartibles también, la previsión de sanciones a entes ideales, sin pronunciarse sobre la discusión de su naturaleza jurídica, lo que obvio, corresponde a la doctrina, (arts. 59 y sig., ACP); como así también la fórmula del "actuar por otro" (art. 10, ACP).

Es asimismo un acierto, que el Proyecto expresamente limita las llamadas "Medidas de Seguridad" para los casos de incapacidad psíquica de culpabilidad o capacidad disminuida, en el sistema vicariante (arts. 39 y 40, ACP), excluyendo toda posibilidad de incorporación de éstas para imputables, es decir las "post delictuales" de aseguramiento cognitivo que vuelven a tener vigencia en el ámbito europeo o anglosajón, -que hemos criticado de modo enfático-, y que aquí se verifican en la eliminación de la Reincidencia como agravante fijo; de la pena de Reclusión para multirreincidencia, y de toda alusión a la "peligrosidad" en la medición de la pena.

3. Determinación judicial de la pena

Delimitado el marco legal sancionatorio, podemos entrar en otra innovación del proyecto de suma trascendencia, toda vez que a los fundamentos genéricos, -grado de injusto y culpabilidad-,

que se reconocen pacíficamente en la doctrina principialista, los desagrega en circunstancias que pueden graduar o cuantificar el injusto o la reprochabilidad, o ambas, a las que individualiza como agravantes y atenuantes específicos –algunos de ellos de imperativa consideración– que deberán ser parte de la argumentación de la pragmática judicial incluso con previsión “procesal” de su controlabilidad recursiva, aventando definitivamente que estos temas pudiesen ser “insusceptibles de embate casatorio” como rezaban, en pésimo castellano, sellos o fórmulas de rechazo que conformaron “nomofilaquia” por muchos años, y a la vez, quizás pensando en la pragmática judicial no tan avezada la previsión expresa de “prohibición de doble valoración”. Es que la teoría de la determinación de la pena para alcanzar el plausible objetivo de mayor racionalidad, controlabilidad y previsibilidad debe conjugar los aportes de la discusión sobre las teorías de la pena, frecuentemente colmadas de solapamientos, paradojas y disputas verbales, a través de la dogmática del hecho punible de modo tal que el “quantum” de la sanción sea la consecuencia coherentista de aquella, en la clase, cuantía y modalidad de cumplimiento. Merecimiento y necesidad de pena no deben jugar como “puntos de vista externos” desconectados del sistema del injusto culpable y punible, sino que deben ser su expresión concretizada.

El “principio del hecho” y de “culpabilidad de acto” deben fijar en retrospectiva la argumentación sobre la individualización de la pena, a lo que se debe adosar todo lo atinente a lo que se ha denominado “compensación constructiva o destructiva de la culpabilidad material por actos o circunstancias posteriores al hecho”.

Tal circunstancia no supone la entrada de concepciones de culpabilidad de autor o “por la conducción de la vida”, sino de “actus contrarius” o circunstancias que demuestren la ratificación de la validez de la Norma legítima infringida.

a) Así es posible valorar las consabidas diferentes magnitudes del ilícito imprudente respecto del doloso, o dentro de éste del desvalor de intención, representación segura o probable; o la entidad de lesividad; la imputación parcial a la víctima o a la desgracia; las “cercanías” a la bagatela; a la infracción mínima de deberes positivos; la imputación parcial al agredido u ocurrente en las permisiones, el salvamento objetivo sin representación, aspectos todos éstos que en el Proyecto reciben un tratamiento acorde a la evolución de la ciencia penal, más allá de algunos errores serios como pretender limitar interpretativamente el concepto de dolo a la intención, pero que serán seguramente corregidos en la discusión.

Pues bien, dentro de las agravantes que se desagregan y particularizan pero que pertenecen a la entidad de ilícito, el Proyecto contempla algunas de que “por regla general” poseen dicha calidad, -es decir que pueden excepcionalmente no tenerlas, y otras que “en todos los casos” lo serán (art. 18 incs. 3 y 4, ACP).

Entre los primeros creemos que se hallan los mencionados en los incs. a), b), c) y d): es decir pluralidad de agentes; alta organización; indefensión de la persona o del bien jurídico afectados; valerse de la condición de autoridad pública o de una relación de superioridad o confianza. Tradicionalmente esto ha sido así y no presenta ninguna particularidad dogmática, a salvo de su desplazamiento, algo semejante a lo que ocurre en el concurso aparente, cuando ello esté previsto en la Norma de la Parte Especial, sea en el tipo básico o agravado, como prohibición de doble valoración.

Entre los que siempre agravan el ilícito, entendemos que se hallan los previstos en los aps. a) y c) del inc. 4, art. 18, ACP es decir: valerse de un alto grado de conocimiento técnico, idóneo para producir destrucción o peligro masivo para la vida o la integridad física; valerse de una función relevante en una asociación ilícita de alta organización y complejidad o de una función de mando en empleo público, en la comisión de hechos contra la vida, la integridad física o la integridad y libertad sexual. Obvio es concluir que el ACP está pensando en esto que Cancio Meliá ha definido como “Delitos de Organización”, es decir supuestos de macrocriminalidad que generalmente ya conllevan la pena máxima en el delito, pero que podrán ubicarse en los puntos más altos de desvalor de acto o de afectación según la escala elaborada por Silva Sánchez.

b) No presentan tampoco problemas dogmáticos relevantes más allá del acierto de su inclusión, los atenuantes tradicionales de la reprochabilidad, que particularizan a la menor exigibilidad normativa, o que hacen a la llamada “deconstrucción de culpabilidad”, es decir circunstancias posteriores al hecho que tornen menos necesaria la punición.

Las previstas en los apartados a), b), c), d), i), es decir: ser menor de veintiún años o mayor de setenta al momento de la ejecución del hecho; cualquier padecimiento que disminuya considerablemente las expectativas de vida; de autodeterminación, en especial la miseria o la dificultad para ganarse el sustento propio necesario y el de los suyos; actuar por motivos valiosos que no eximan de responsabilidad; entendemos que pertenecen a la menor culpabilidad de hecho, es decir circunstancias que pueden disminuir el reproche por la no motivación dominante en la Norma, parcialmente no imputables al autor.

En cambio las restantes, obedecen a cuestiones de culpabilidad posterior al hecho que demeritan las necesidades preventivas de sanción, ya sea por el esfuerzo personal de volver a la normatividad, los llamados "actus contrarius", o por consecuencias lesivas del hecho que acercan el suceso a la "poena naturalis", que como recordaba Kant llevan en sí su propio castigo.

Se pueden considerar como tales a los apartados e), f), g), h), i), es decir: las consecuencias lesivas considerables que hubiere sufrido el autor o partícipe como resultado de la ejecución del hecho; haberse esforzado por desistir o evitar la consumación; comportamiento espontáneo posterior al delito, que revele su disposición a mitigar o reparar el daño o a resolver el conflicto; cooperación en el esclarecimiento del hecho; las previstas en los incisos 2º y 3º del artículo 19º ACP, cuando no se verificaren suficientemente los requisitos para la aplicación de aquellas disposiciones, hechos de cultura diversa y consecuencias lesivas del propio suceso; violencia institucional.

Ciertamente que no poseen la misma calidad los llamados "actus contrarius" que denotan la aceptación del autor de la vigencia infringida de la Normatividad, con las que prevén las consecuencias lesivas para el autor. Así vgr. los esfuerzos restaurativos -obviamente cuando sean serios-, la "tentativa" de desistimiento o del arrepentimiento activo -no exitoso-, y aún aquellos "pentiti" que, -en los casos no previstos legalmente- calculen de modo utilitarista su colaboración postdelictiva esclarecedora del ilícito en vistas de la atenuación. Siempre se trata de valoración desde el orden jurídico, más allá de la subjetividad del agente, pero que obviamente tiene que tener en cuenta esas motivaciones objetivamente conformes a la Norma.

En cambio, en el análisis de las "consecuencias lesivas" del hecho para el autor se "descuentan" circunstancias no tenidas en cuenta por el mismo, de allí que sea correcta la diferenciación que hace el Proyecto entre hechos dolosos e imprudentes. En el injusto imprudente todo lo atinente a "poena naturalis" es casi consustancial a la selectividad descuidada de los contactos sociales que caracteriza a dicho riesgo prohibido resultatista, tan es así que Jakobs usa este riesgo de consecuencias autolesivas como definitorio en su conceptualización de la imprudencia. De allí, no haya demasiados reparos en su relevancia eximente o atenuante cuando no existan lesiones a terceros ajenos al grupo familiar o de personas allegadas al autor, o que se admitan soluciones composicionales alternativas -aún en supuestos graves-, cuando se repare a las víctimas.

En cambio en los injustos dolosos, la atenuación, aún por debajo del mínimo, es factible siempre que resulte "una significativa desproporción entre la lesión sufrida por el agente y la causada por éste al bien jurídico". Desde el caso del autor del robo que se lesiona y queda cuadripléjico en la caída en que sería admisible, hasta el magnicidio en que el "hombre-bomba" milagrosamente salva su vida pese a quedar con graves secuelas, en que sería impensable tal atenuación, estas circunstancias que hacen a la culpabilidad "deconstructiva", es decir por fuera de la voluntad del agente son graduables según el caso concreto.

En la misma situación se halla la llamada "pena ilícita", es decir la aplicación de padecimientos por parte del aparato estatal de investigación o de custodia -tortura, tormentos o vejaciones-. De nuevo debe hacerse la distinción de estos ilícitos gravísimos, frente al otro supuesto de consecuencias lesivas derivadas de la inseguridad de los lugares de detención o medios de transporte, toda vez que los "graves daños" deben ser imputables en comisión por omisión dolosa o de grave imprudencia, con la consabida gradación menor en su caso.

Y solo una breve consideración sobre "diversidad cultural", limitada en el proyecto a "pueblos originarios". Todo lo atinente a este complejísimo tema solo puede tratarse dejando fuera de la discusión los Derechos Humanos básicos que hacen a la dignidad de la persona, ya se trate del acusado o de la víctima. Para decirlo con un ejemplo concreto, en los casos de ablación de clítoris a las niñas del norte de África, no hay diversidad cultural que valga.

De allí que correctamente el Proyecto excluye toda atenuación o eximente cuando se trate de estos casos. En lo demás, un criterio de soluciones alternativas amplio permitirá atender los casos medianos o leves y una razonable disminución de la reprochabilidad en aquellos que puedan obedecer a desconocimiento evitable de la prohibición que no afecte a los Derechos Fundamentales referidos. Y también ello ha de acaecer en las sanciones propias de dicha cultura. Todo lo que es injusto penal grave no puede escapar a una solución admisible para el ordenamiento jurídico legítimo, vgr. no puede haber penas atroces "legitimadas" por la cultura diversa.

c) Se entiende correcta también la agravación de la culpabilidad por motivos especialmente reprochables que el Proyecto contempla, más allá de recientes críticas de que ello sería propio de una noción caracterológica o de conducción de la vida.

Desde siempre ha generado dudas a la doctrina la ubicación del problema de los "motivos", del "ánimo" o los llamados "elementos de la constitución" o de "actitud", sobre todo cuando el legislador los ha incluido como agravantes de tipos básicos, como elementos subjetivos distintos del dolo, vgr. en los Homicidios, en los incs. 2º, 3º, 4º y 8º, del CP actual, a lo que ahora se ha agregado el "femicidio", bien dejado de lado por el Proyecto.

Pero si bien se mira, la culpabilidad es del concreto injusto y ambos conceptos son heurísticos, son constructos culturales propios de lo que Norbert Elías ha destacado como psico y sociogénesis civilizatorias y de ningún modo no "situados" históricamente. No se aboga aquí por la vuelta a la indistinción entre Injusto y Culpabilidad, sino de señalar algo de lógica elemental: todos los elementos del injusto se integran en el "tipo" de culpabilidad como elementos "positivos" junto a la imputabilidad -siempre que no se vean desplazados por el aspecto "negativo" o exculpación.

En el concepto de "persona", donde tensionan los aspectos preventivos y garantísticos de la dignidad humana y autonomía, es donde se atribuye cuáles circunstancias son competencia del autor y cuáles, por su inexigibilidad, deben imputarse a la desgracia o a terceros.

Este "ser responsable" por el quebrantamiento de deber no requiere que el ciudadano se "motive" en las razones morales de la Norma ni que coincida con ellas -principio de neutralidad-. Solo se fijan en reglas ciertas condiciones negativas que determinan que deje de ser esperado el seguimiento, lo que Klaus Günther denomina "atribución derrotable de normalidad personal". Pero que no se exija una motivación de moralidad coincidente con la Norma penal sino solo la superación del umbral negativo, no quita que el legislador republicano no pueda legítimamente establecer en tipos penales -es decir en reglas prohibitivas o de mandato-, que algunas motivaciones particularmente contrarias a los principios de dignidad o igualdad representen riesgos jurídico penales -ya se trate de tipos básicos o calificados-, en los clásicos elementos subjetivos distintos del dolo -de ánimo o motivos-, vgr., el odio racial o religioso, el abuso en razón de género, etc. que se anidan, vgr. en las agravantes del Homicidio o Lesiones, como asimismo en la Privación de Libertad.

Resulta obvio entonces que si estos "motivos" se reprochan no es por razones morales, sino porque quebrantan Normas generales que protegen la dignidad e igualdad de las personas, por lo que nada obsta a que, en defecto de su tipificación como agravantes o como tipo autónomo, se analicen en la culpabilidad material como deslealtad comunicativa.

Lo único que cambia es que cuando estos motivos se anticipan en el ilícito, no podrán ser vueltos a valorar en la culpabilidad por la "prohibición de doble valoración".

Ello acaece también en la infracción de deberes positivos, en donde el injusto más o menos grave vgr. cohecho, puede complementarse con una mayor deslealtad comunicativa por esa mayor competencia, al demostrarse en el proceso las comprobadas "técnicas de neutralización" a que aludían Gresham Sykes y David Matza, por ej. "robo para la corona", "roba pero hace", o el mito empresario de que "solo así se puede competir", etc.

La plena capacidad de internalización de valores y de actuación conforme a ellos que exhiben los funcionarios públicos y los sectores sociales de la llamada "criminalidad dorada" o del "White collar crime", que tan certeramente detectó la teoría de la "Asociación Diferencial", determinan que no haya un ápice de disminución de su exigibilidad normativa, ni menos que puedan aducir razones de justificación o atenuación de su reprochabilidad. No se trata de un aumento del reproche por sobre la culpabilidad de acto, ni menos aún un agravamiento por razones pre-

ventivas camufladas, sino que todo el ilícito pasa completo y no encuentra nada de mengua en sede de culpabilidad.

Y si se admite que las situaciones cercanas al umbral negativo de asequibilidad normativa gradúan "in minus" a la culpabilidad de acto, ello a contrario quiere decir que cuando esta presión psíquica en su génesis es desvalorada por la Norma, la no disminución es también una forma de graduación. Así cuando el irascible o violento ataca a otro, no podrá exhibir ello como atenuante pues ese "motivo" no es excusable ("entschuldbaren" –disculpable–), sino que a él se le imputa, lo que deja "completa" en ese aspecto su reprochabilidad.

Solo cambia el nivel de análisis si se sigue el criterio de "situarlos" dogmáticamente como supuestos de ausencia absoluta de permisión. Aún en este caso, tendrán su reflejo en la reprochabilidad y ello no quita un ápice su controlabilidad.

En tal carácter ubicamos a los supuestos previstos en el art. 18 inc. 3, aps. e), f), h); es decir: actuar por motivos fútiles, abyectos, o por odio fundado en razones políticas, ideológicas, religiosas, o en prejuicios raciales, étnicos, de nacionalidad, género u orientación sexual; actuar con crueldad o inferir grave dolor físico o moral a la víctima; valerse de un menor de catorce años o de una persona incapaz, en el consabido y restrictivo criterio de instrumentalizarlo, casi una rémora de aquella tesis de la "corrupción del autor" en la "accesoriedad máxima" en materia de autoría y participación.

Y como agravantes obligatorios en el inc. 4, ap. b), la inusitada crueldad del medio utilizado o del modo de comisión, o la vulnerabilidad de la víctima, en hechos contra la vida, la integridad física, la libertad o la integridad y libertad sexual.

En cuanto a la agravante prevista en el ap. g) del inc. 3 del art. 18 referido, "Provocar daños o perjuicios innecesarios en la ejecución del hecho", pareciera que posee un influjo bivalente, pues hace al injusto -realización del riesgo en un resultado más lesivo- que puede ser atribuido al dolo del autor, en el sentido de representación probable del mismo. No parece que pudiese abarcar a cualquier consecuencia mediata perjudicial no subsumible en el "ámbito de protección de la Norma", según el feliz concepto de Roxin.

Pero la referencia al mal innecesario puede ser también entendido como vinculado al "ánimo o motivo" de crueldad –ausencia total de justificación o atisbo de permisión.

d) Ahora bien, como ya se dijo, la normativa aludida corrigiendo los defectos de las normas del actual código –art. 41 CP–, descarta toda posibilidad de aludir como agravantes a la "vida" del autor; carrera criminal; reincidencias; advertencias anteriores etc., pues todo ello o bien nunca le fue atribuido y entonces se halla fuera de juzgamiento y pertenece a su privacidad, o bien se le pretenden cargar penas anteriores que por definición ya saldó con el ordenamiento jurídico. No es que no haya necesidad de reconfirmación de la Norma, es otra cuestión: el valor oclusivo del cumplimiento de la sanción, -principio del hecho hace que ese "asunto" sea privado de valoración agravante. Obvio es señalar que este aspecto será objeto de dura controversia y seguramente de modificación ante la falta de consenso doctrinario o jurisprudencial.

e) Por último como referíamos antes, el Proyecto contempla junto a las eximentes por Insignificancia, poena naturalis; diversidad cultural, la facultad de los Jueces de imponer una sanción por debajo del mínimo. Ello cuando se den las circunstancias de menor significación del injusto, poena naturalis en hechos dolosos, además de los imprudentes, "cuando mediere una significativa desproporción entre la lesión sufrida por el agente y la causada por éste al bien jurídico", y cuando hubiere "violencia institucional", art. 19 inc. 2 y 3, ACP.

Desde ya debemos enfatizar que ello nada tiene que ver con la tesis esgrimida en la pragmática judicial de "perforación de los mínimos", a que nos hemos opuesto, sino todo lo contrario.

Los marcos penales se hallan determinados primordialmente por razones preventivo generales, es decir por lo que el Legislador democrático considera como ya no tolerable aún bajo el principio de culpabilidad por el hecho y no disponibles al arbitrio del intérprete.

En la sociedad democrática el ámbito legislativo es el competente primario para la evolución del "mundo de la vida", y quien mediante reglas generales debe afrontar la irreductible diversidad o pluralidad de puntos de vista referentes a lo moral, y a que aspectos sustanciales puedan ser decididos por criterios legítimos de mayorías, aún cuando difieran con la moral crítica o de algún ciudadano o sector social.

Que a cada Juez penal del país se le ocurra aún por sobre la pretensión partiva del acusatorio, que puede rebajar los límites de los tipos penales por razones de innecesariedad preventiva o de culpabilidad generaría una inseguridad contradictoria precisamente en el ámbito –determinación punitiva– donde más se ha criticado el decisionismo.

Pues bien, lo que ha hecho el ACP, correctamente, es que el Legislador representante de la legitimidad democrática ha decidido que la fijación de la penalidad en casos de menor significación, o de deconstrucción de culpabilidad o poena naturalis, o cuando funcionarios del Estado hayan cometido actos contrarios a los derechos fundamentales en la persecución, pueda la Magistratura en la pragmática de la Norma Individual, descender de estos marcos mínimos, sin que ello por definición altere lo que es admisible en términos de prevención de anomia.

Esto, si bien se desarrolla de manera más completa en el Proyecto, no es novedad absoluta pues ya en la legislación actual de minoridad –Ley 22.278–, el Juzgador puede imponer pena según la escala disminuida de la tentativa o eximir de ella en la cesura de juicio. Obvio que si puede lo más, eximir, puede lo menos, disminuir, desde ya en la escala de la tentativa inidónea, que es tentativa, art. 44 CP.

No hay arbitrio judicial sino acatamiento legislativo a las escalas de las penas divisibles, es decir actividad reglada.

Regulación de la pena de prisión y sus alternativas

La pena de prisión aparece regulada en el art. 21, ACP. Se establece que tiene un mínimo de seis meses y un máximo de treinta años. No se encuentran a la escala propuesta.

Respecto del menú de penas alternativas no se presentan objeciones, ya que se considera que las previstas son pertinentes. Se encuentran correctamente reguladas, en general, con las salvedades que se harán en cada caso.

En el art. 24, ACP, se regula lo relativo a la detención de fin de semana. En su inciso 3 se dispone que dicha privación de libertad “... siempre se cumplirá en lugares especialmente destinados a tales efectos”. Además, en la Exposición de Motivos se enfatiza especialmente la necesidad que los lugares en que el penado debe cumplir la detención de fin de semana no deben ser instituciones carcelarias. Se considera que antes de poner en vigencia esta norma, debe garantizarse que se cuente con estas instituciones especiales en todas las jurisdicciones del país. De otro modo se traicionaría el cometido de esta pena alternativa y se convertiría en una mera declaración de deseos.

Se recomienda el estudio de factibilidad de implementación de este tipo de medidas, teniendo en cuenta la necesidad de creación de nuevos establecimientos públicos destinados a tales fines, absolutamente diversos de los existentes.

En el art. 25, ACP, se establece el régimen de la “prohibición de residencia y tránsito”. En sentido similar a la observación formulada en el artículo precedente, cabe preguntarse sobre quiénes ejercerán el control sobre la obligación de residencia, ya que observa la inexistencia de este tipo de organismos de control. No parece posible que las limitaciones que impone esta norma para la libertad del condenado puedan ser controladas por la Policía.

Otro cabe decir de las penas alternativas contempladas en el art. 26 del ACP (prohibición de residencia y tránsito) y en el art. 27, ACP (prestación de trabajos para la comunidad).

En el art. 28, ACP se regula lo referido a la pena alternativa de “cumplimiento de instrucciones judiciales”. Según reza el inc. 1 de la citada norma “la pena de cumplimiento de instrucciones judiciales consiste en la sujeción a un plan de conducta en libertad, elaborado por el juez con intervención del penado.” Se considera que se presentará una dificultad práctica en la diagramación de dicho plan de conducta, teniendo en cuenta que los magistrados no cuentan con capacitación especial para estos aspectos. Se teme, entonces, que la pena de cumplimiento de instrucciones judiciales se transforme en una mera formalidad que se plasme en formularios estandarizados, con lo cual se pierda el sentido que le atribuye la Comisión redactora. Por otro lado, en el inciso 4 del citado art. 28, ACP, se hace referencia a las figuras de los *inspectores* y *auxiliares*, quienes se encargarán del control del cumplimiento de la pena. En el inciso 5 se enuncian las funciones de cada uno, y se aclara que las mismas no podrán ser ejercidas por

organismos policiales o fuerzas de seguridad, ni por los organismos encargados de la seguridad de las instituciones penitenciarias. Nuevamente no se aclara, entonces, quiénes habrán de cumplir esos roles tan importantes para asegurar el éxito de esta pena alternativa. Evidentemente los organismos de control deberán ser creados, ya que hoy no existen. Resulta, en consecuencia, recomendable no implementar esta pena alternativa hasta tanto no se haya garantizado el funcionamiento de esas dependencias, si no se quiere frustrar su finalidad.

En el art. 29, ACP, se regula la denominada "multa reparatoria". Este instituto consiste en obligar "... al condenado a pagar a la víctima o a su familia una suma de dinero o una parte de sus ingresos mensuales, provenientes de su trabajo o de su renta" (inc. 1°). En el inciso 2°, se fija como única pauta de graduación de la multa reparatoria a la gravedad del daño inferido por el delito. Se considera que junto con ésta debería incluirse la capacidad económica del condenado, ya que de lo contrario se violaría el principio de igualdad ante la ley¹⁶⁾. Finalmente, en el inciso 3, se sugiere la siguiente redacción, que se considera más apropiada: "3. Esta pena sólo se aplicará si la víctima o, en su caso, los representantes o herederos de la víctima, la aceptaren. En caso de mediar reparación civil, la multa reparatoria se tendrá como parte de ésta." Con ello se pretende dejar en claro que la aceptación de la multa reparatoria es una facultad de la propia víctima, y subsidiariamente, cuando ésta por cualquier causa no pueda expresarla, la familia sería la encargada de manifestar su voluntad.

En el art. 30, ACP, se brindan las pautas generales de reemplazo de la pena de prisión. En su inciso 4, se dispone "4. Si cometiere un nuevo delito no conminado con prisión o incumpliere las penas alternativas, el juez, según la gravedad del incumplimiento y la predisposición del penado, podrá disponer conforme al inciso anterior o establecer un nuevo reemplazo." Se considera que los criterios para decidir entre un nuevo reemplazo –en particular la "predisposición del condenado"–, o por el contrario, disponer el cumplimiento del resto de la pena en prisión, cuando el nuevo delito cometido por el condenado no estuviere reprimido con pena de prisión, otorgan un excesivo margen de discrecionalidad al juez, como intérprete de esa "predisposición".

En el art. 31, ACP se norma el reemplazo de la pena de prisión. No obstante que se ha dicho que todas las penas que se regulan en el ACP son de cumplimiento efectivo y que se ha eliminado el instituto de la condenación condicional, la realidad está lejos de ello. Es cierto que el ACP no regula la condenación condicional pero estos reemplazos cumplen la misma función, y con requisitos cuya apreciación es aun más discrecional por parte de los jueces que en el Código vigente. Debe quedar claro, no obstante, que no se considera incorrecto –en general– legislar acerca de la condenación condicional y evitar los encarcelamientos breves. Lógicamente es materia de discusión la concreta regulación que se le dé a esos institutos.

Respecto del mencionado artículo, se considera prudente recomendar un estudio criminológico que justifique los tres años de prisión como máximo para reemplazar cualquier pena total o parcialmente. Cabe recordar que en el Código Penal, en su versión según la Ley 21.338 ese máximo era de dos años, y luego –con el advenimiento de la democracia– pasó a ser de tres años. Sería adecuado realizar un estudio y analizar cuál sería el más adecuado (alguno de los anteriores u otro distinto).

Por otro lado, cabe interrogarse sobre la capacidad fáctica de los tribunales de todas las jurisdicciones para atender a todos los reclamos que pueden originarse a partir de la implementación de este artículo. Se propone la realización de un análisis previo de las posibles causas que pueden ser pasibles de realizar reclamos, a fin de estimar la cantidad aproximada de recursos que quepa esperar.

Se observa también la inexistencia de parámetros objetivos que tornen previsibles las decisiones judiciales ya que en éstas siempre operan la subjetividad y discrecionalidad del juzgador,

⁽¹⁶⁾ Piénsese el diverso significado que puede tener para una persona de muy buena posición económica tener que satisfacer una multa reparatoria por un daño importante: quizás no signifique para ella un esfuerzo considerable. Pero para una persona de escasos recursos económicos, el daño más insignificante puede demandarle un gran esfuerzo a la hora de hacer frente a la referida multa.

organismos policiales o fuerzas de seguridad, ni por los organismos encargados de la seguridad de las instituciones penitenciarias. Nuevamente no se aclara, entonces, quiénes habrán de cumplir esos roles tan importantes para asegurar el éxito de esta pena alternativa. Evidentemente los organismos de control deberán ser creados, ya que hoy no existen. Resulta, en consecuencia, recomendable no implementar esta pena alternativa hasta tanto no se haya garantizado el funcionamiento de esas dependencias, si no se quiere frustrar su finalidad.

En el art. 29, ACP, se regula la denominada "multa reparatoria". Este instituto consiste en obligar "... al condenado a pagar a la víctima o a su familia una suma de dinero o una parte de sus ingresos mensuales, provenientes de su trabajo o de su renta" (inc. 1°). En el inciso 2°, se fija como única pauta de graduación de la multa reparatoria a la gravedad del daño inferido por el delito. Se considera que junto con ésta debería incluirse la capacidad económica del condenado, ya que de lo contrario se violaría el principio de igualdad ante la ley¹⁶⁾. Finalmente, en el inciso 3, se sugiere la siguiente redacción, que se considera más apropiada: "3. Esta pena sólo se aplicará si la víctima o, en su caso, los representantes o herederos de la víctima, la aceptaren. En caso de mediar reparación civil, la multa reparatoria se tendrá como parte de ésta." Con ello se pretende dejar en claro que la aceptación de la multa reparatoria es una facultad de la propia víctima, y subsidiariamente, cuando ésta por cualquier causa no pueda expresarla, la familia sería la encargada de manifestar su voluntad.

En el art. 30, ACP, se brindan las pautas generales de reemplazo de la pena de prisión. En su inciso 4, se dispone "4. Si cometiere un nuevo delito no conminado con prisión o incumpliere las penas alternativas, el juez, según la gravedad del incumplimiento y la predisposición del penado, podrá disponer conforme al inciso anterior o establecer un nuevo reemplazo." Se considera que los criterios para decidir entre un nuevo reemplazo –en particular la "predisposición del condenado"–, o por el contrario, disponer el cumplimiento del resto de la pena en prisión, cuando el nuevo delito cometido por el condenado no estuviere reprimido con pena de prisión, otorgan un excesivo margen de discrecionalidad al juez, como intérprete de esa "predisposición".

En el art. 31, ACP se norma el reemplazo de la pena de prisión. No obstante que se ha dicho que todas las penas que se regulan en el ACP son de cumplimiento efectivo y que se ha eliminado el instituto de la condenación condicional, la realidad está lejos de ello. Es cierto que el ACP no regula la condenación condicional pero estos reemplazos cumplen la misma función, y con requisitos cuya apreciación es aun más discrecional por parte de los jueces que en el Código vigente. Debe quedar claro, no obstante, que no se considera incorrecto –en general– legislar acerca de la condenación condicional y evitar los encarcelamientos breves. Lógicamente es materia de discusión la concreta regulación que se le dé a esos institutos.

Respecto del mencionado artículo, se considera prudente recomendar un estudio criminológico que justifique los tres años de prisión como máximo para reemplazar cualquier pena total o parcialmente. Cabe recordar que en el Código Penal, en su versión según la Ley 21.338 ese máximo era de dos años, y luego –con el advenimiento de la democracia– pasó a ser de tres años. Sería adecuado realizar un estudio y analizar cuál sería el más adecuado (alguno de los anteriores u otro distinto).

Por otro lado, cabe interrogarse sobre la capacidad fáctica de los tribunales de todas las jurisdicciones para atender a todos los reclamos que pueden originarse a partir de la implementación de este artículo. Se propone la realización de un análisis previo de las posibles causas que pueden ser pasibles de realizar reclamos, a fin de estimar la cantidad aproximada de recursos que quepa esperar.

Se observa también la inexistencia de parámetros objetivos que tornen previsibles las decisiones judiciales ya que en éstas siempre operan la subjetividad y discrecionalidad del juzgador,

¹⁶⁾ Piénsese el diverso significado que puede tener para una persona de muy buena posición económica tener que satisfacer una multa reparatoria por un daño importante: quizás no signifique para ella un esfuerzo considerable. Pero para una persona de escasos recursos económicos, el daño más insignificante puede demandarle un gran esfuerzo a la hora de hacer frente a la referida multa.

circunstancia que juega en contra de la necesidad de estrictez que requiere el Derecho Penal y el Principio de Reserva.

En el art. 32, ACP se establecen los criterios para la determinación de los reemplazos de las penas de prisión por sus alternativas. En el inciso 1° aparece la expresión “*capacidad y disposición del penado para asumir seriamente el compromiso de adecuar su conducta a las normas correspondientes*”. Esta fórmula revela una carencia de parámetros objetivos de apreciación. El Principio de Reserva y Estrictez debe funcionar también en este sentido como regulador, pues éstos no sólo tienen importancia en la configuración de los tipos penales de la parte especial, sino también en las normas de la parte general. Además hay que considerar que en el art. 2 del mismo ACP se consagra el principio de legalidad estricta.

Los parámetros de “disposición” y “capacidad” del condenado no parecen ni suficientes ni pertinentes para basar exclusivamente en ellos las decisiones judiciales sobre el reemplazo de la pena de prisión.

Finalmente, en el inciso 3 del art. 32, ACP, se dispone que cuando el juez no hiciera lugar al reemplazo, el penado podrá volver a solicitarlo después de un año de la denegatoria firme. No se advierte la justificación de este plazo de espera, no obstante lo que afirma la Comisión redactora.

En el art. 33, ACP, se regula la detención domiciliaria por razones humanitarias. En líneas generales se coincide con la regulación prevista en esta norma. Sin embargo, en el inciso 2° del referido artículo, dispone que procede la detención domiciliaria cuando el penado estuviere a cargo de una persona con discapacidad. La fórmula empleada requiere de una mayor precisión, ya que es muy amplia la expresión “tener a cargo” a una persona (ello puede abarcar desde lo económico hasta el cuidado personal del discapacitado). Tampoco se dispone si debe mediar además algún vínculo familiar con la persona discapacitada, como se exige en los incisos anteriores, cuando se habla de “padre” o “madre”. Cabe concluir, por tanto, que no es aplicable tal exigencia en estos casos.

En el art. 39, ACP, se contempla la detención en establecimiento psiquiátrico u otro adecuado. En el inciso 1 se reserva el control o la internación en un establecimiento psiquiátrico u otro adecuado para su atención y contención, a los casos de personas inimputables por factores psíquicos o a personas cuya capacidad de comprensión de la criminalidad de sus actos se viera considerablemente disminuida, que hubieran sido absueltas por aquellas causas, respecto de delitos cuyo máximo superen los diez años de prisión. En primer lugar no se advierte por qué habría de limitarse el **control** a delitos graves (es decir aquellos que superen los diez años de prisión en su máximo). Existen delitos con penas menos graves, como por ejemplo las lesiones leves o graves, muchos de los delitos contra la propiedad, etc. respecto de los cuales no se advierte por qué quienes los cometan siendo inimputables deberían quedar excluidos de esa medida de seguridad. Parece razonable, no obstante, limitar la **internación psiquiátrica o en establecimientos adecuados** a las hipótesis de comisión de delitos particularmente graves, como lo hace el artículo 39, en su inciso 1.

En el art. 41, ACP, se establecen los criterios de la intervención judicial en la ejecución de las penas y medidas. El principio general es que la ejecución, reemplazo y control de las penas y medidas es de estricta competencia judicial. Si bien se comparte el principio sentado en la norma, no pueden dejar de señalarse las dudas que ello acarrea en cuanto a las posibilidades materiales de un juez de ejecución de asumir tales tareas con exclusividad. Parece conveniente crear un órgano judicial que complemente y colabore en la actividad del juez.

En el mismo artículo, en su inciso 2 “c” se dispone que el juez atenderá a lo más conveniente para mitigar las carencias económicas, sociales y educativas del condenado. No se ve cómo un juez de ejecución penal podría mitigar las carencias económicas de un condenado. Parece ser esa una mera declamación sin posibilidad de concreción real.

Regulación sobre el ejercicio de la acción procesal penal

1. El Ejercicio de la acción pública

Se mantiene la división en acciones públicas y acciones privadas y dentro de las primeras las acciones dependientes de instancia privada.

Las acciones públicas deben ser ejercidas por el Ministerio Público pero también pueden ser ejercidas por la persona directamente ofendida conforme la legislación procesal.

Ahora bien este concepto limita la extensión que las legislaciones procesales pueden dotar al particularmente damnificado o a la víctima del delito. La acción sólo estará disponible para el directamente ofendido, lo que aparece razonable y establece una igualdad en todo el país que seguramente tenderá a uniformar las legislaciones procesales sobre la definición del sujeto pasivo del delito como cotitular de la acción pública.

La Exposición de Motivos señala que *"El problema que esta intervención plantea es que cuando el ministerio público no lleve adelante la acción —por la razón que fuere— y la persona directamente ofendida lo haga, ésta se convierte en una acción privada, lo que es una consecuencia casi ineludible de su participación."* Lo que es cierto y no puede soslayarse.

La cuestión que advertimos es que si el Ministerio Público inicia la acción y luego la desiste, el directamente damnificado debe tener acceso a las instancias superiores en ejercicio de una acción privada que los Códigos Procesales Penales de cada jurisdicción deberán prever.

2. Situaciones Excepcionales

a) Criterios de Insignificancia

Regula, sin embargo situaciones excepcionales en las que permite no ejercer la acción penal o, habiéndolo hecho, se faculta a desistir de la misma. Estas circunstancias deberán ser consideradas especialmente y la resolución que las acoja deberá ser fundada.

La primera de ellas recepta los casos abarcados por el criterio de insignificancia, en los que la ofensa no resulta suficiente para hacer razonable una persecución formal.

Es una buena decisión legislativa la incorporación de estos criterios de insignificancia en el Código Penal, no solo porque suprime el argumento de la contradicción con la manda de la persecución indefectible, sino porque unifica las excepciones y las iguala en todas las jurisdicciones, incluso en aquellas que no tienen incorporado el principio de insignificancia a sus legislaciones procesales.

Debe destacarse que, en los casos en que el daño o el peligro al bien jurídico es insignificante, la norma del artículo 19 inc. 1 exime directamente de la aplicación de pena, por lo que el criterio de insignificancia que trata la norma que estamos comentando es aquel en que hay una menor significación en el agravio, pero no es prácticamente inexistente.

En estos casos no hay exención directa de pena, sino que el Ministerio Público Fiscal tiene la facultad de no promover la acción o desistir de la acción que hubiere promovido cuando advierte este encuadre.

Aquí el ACP reafirma para la Nación la titularidad de la manda del ejercicio de la acción penal en la ley de fondo e impone esta facultad en el órgano encargado de la persecución penal. En realidad la Nación a quien las provincias delegaron la sanción del Código Penal, tiene la facultad de definir los delitos que habrán de ser perseguidos y penados en todo su territorio. El Anteproyecto define desde el Código Penal estas formas excepcionales que facultan al Ministerio Público Fiscal a no perseguir la aplicación de pena en los mismos.

El ACP excluye a los Funcionarios Públicos como sujetos que puedan ser beneficiados por este criterio excepcional de exclusión del ejercicio de la acción en razón de sus cargos. También quedan excluidos los episodios de violencia doméstica en tanto éstos pueden ser menores pero su contexto circunstancial impone esta decisión, del mismo modo que los hechos motivados en razones discriminatorias. Las tres situaciones excluyentes aparecen razonables.

En cuanto a las cuestiones de insignificancia, advertimos tres situaciones: a) Cuando el daño o el peligro al bien jurídico fueren insignificantes. En este caso el art. 19 exime de pena. b) El

segundo supuesto es el de la norma que estamos comentando en que se tratare de hechos de menor significación, en los que se faculta a no ejercer la acción penal; y c) Hay otra norma que es la del art. 19 inc. 3 que prevé una aplicación de pena por debajo del mínimo legal o la imposición de una pena de multa reparatoria cuando el daño o el peligro para el bien jurídico fueren de escasa significación.

b) Pena natural y Pena inoficiosa

Abre también la posibilidad a otras dos situaciones excepcionales: la de la pena natural y la pena inoficiosa. En la pena natural el autor con motivo de la realización de la acción típica, sufre un agravio físico de tal dimensión que no solo puede ser igualado con la retribución estatal punitiva del delito cometido o tentado, sino que suele superarlo. En estos casos la llamada pena natural sustituye la pena del delito y la hace innecesaria, por lo que mediante resolución fundada, el Ministerio Público Fiscal puede no llevar adelante la persecución en atención a este plexo de circunstancias. La misma situación queda expedita cuando la pena a aplicar en el caso resulte inoficiosa, lo que acontece cuando la aplicación de la pena por el nuevo delito quede absorbida en la pena que el autor esté sufriendo en ese momento.

En estos supuestos la norma comentada exige que el imputado haya reparado los daños y perjuicios causados en la mayor medida que le ha sido posible. El ACP adhiere a la fórmula en favor de la víctima que se ha venido utilizando como recaudo a la aplicación de la Suspensión del Juicio a Prueba; esto es, busca una reparación a la víctima como sujeto pasivo del delito cometido pero no exige una reparación integral en tanto no quede abarcada por la mayor medida que le haya sido posible, pero la instalación de esta fórmula, exige al autor que pretenda la aplicación de la norma, extremar su esfuerzo para conseguirla y al Ministerio Público Fiscal la consiguiente consideración de las circunstancias para volcarlas en los fundamentos de su resolución.

c) Conciliación

La innovación más significativa está referida a la posibilidad de que en los hechos delictivos con contenido patrimonial y sin violencia sobre las personas, y en los delitos culposos sin resultado de muerte, cuando mediare conciliación o acuerdo entre las partes el Ministerio Público Fiscal, no inicie o desista de la acción penal. En verdad es una decisión dirigida a resolver el conflicto que en todo caso requiere el acuerdo o la conciliación del directamente ofendido. Es atinada la argumentación que esgrime la Exposición de Motivos en cuanto a que *"(...) en muchos supuestos de conflictos provocados por hechos de mero contenido patrimonial, el ejercicio de la acción penal, en lugar de facilitar la conciliación y la consiguiente solución del conflicto, satisfactoria para las personas damnificadas, suele convertirse en un obstáculo. Así, si el infractor decide restituir la cosa y reparar el daño causado, es muy probable que el sujeto pasivo se dé por satisfecho pero, en tanto que el poder punitivo siga impulsando sus acciones, el infractor no puede esperar ningún beneficio ni el lesionado hacer nada por impulsarlo a tomar estas decisiones."*

Ahora bien, otra innovación importante está ubicada en la parte final de la norma. Allí se permite a la persona directamente ofendida por el delito provocar la conversión de la acción pública en privada cuando no está de acuerdo con la aplicación del criterio de oportunidad. Para ello establece un plazo perentorio de sesenta días en que la persona directamente ofendida interponga querrela en cuyo caso la acción penal pública se transformará en privada.

Vencido el plazo la acción penal se extingue. Se entiende que la renuncia expresa al plazo tendrá el mismo efecto. Parece razonable también que solo abarque a los autores y partícipes que han sido alcanzados por la exclusión y no a los otros que hubiera.

Cabe destacar que el art. 19 inc. 2 apartado "a" dispone que en los hechos que han sido cometidos por imprudencia o negligencia, cuando las consecuencias hubieren afectado gravemente al autor o partícipe, el juez puede aplicar la pena por debajo del mínimo o incluso prescindir de ésta. Es una aplicación razonable del principio de la pena natural, a situaciones muy comunes en los llamados accidentes de tránsito.

La posibilidad de conversión de la acción pública en privada, para quien -siendo directamente ofendido- no esté de acuerdo con la aplicación del criterio de oportunidad cubre reparos espe-

cialmente de índole vindicatorios que no compartimos, pero como hemos señalado más arriba es una consecuencia de la legitimación acordada al directamente damnificado.

3. Las acciones públicas dependientes de instancia privada

Se aumenta considerablemente el bloque de acciones públicas dependientes de instancia privada del código vigente, con la convicción que el estado oficiosamente no debe intervenir sin la denuncia de los damnificados en acciones típicas de naturaleza sexual, como las previstas en los arts. 126 y 127, ACP, en tanto no se haya producido la muerte o lesiones gravísimas. Entendemos acertada la decisión que ubica en el centro de la escena el interés del quien sufre el delito frente al interés del Estado.

Del mismo modo las lesiones leves (art. 91, ACP) que habían sido incluidas en esta categoría por el código vigente, pero quita las excepciones de las razones de seguridad o interés público que había incorporado el código actual.

Es novedosa la incorporación de las amenazas (art. 115, ACP) y coacciones (art. 116, ACP), pero razonable como la de los delitos de contenido patrimonial con afectación privada.

Incorpora el incumplimiento de deberes de asistencia familiar (art. 138, ACP) en todos los casos, aún en el que la víctima fuere el cónyuge, que en el Código se encuentra como un supuesto de acción privada.

Conserva el impedimento de contacto (art. 139, ACP) y agrega la violación de domicilio (art. 117, ACP). Mantiene la excepción cuando se trate de sujetos pasivos menores de edad de 16 años, sin padre, tutor o guardador o lo fueren por éstos. También la de los intereses contrapuestos, quitándole la exigencia de "gravemente contrapuestos" que es un acierto del Código vigente, en tanto permite cubrir situaciones de intereses contrapuestos en delitos culposos en los que el padre o guardador sufre lesiones mucho más graves que el menor. Esta objeción queda salvada con una fórmula más abierta: el ACP permite al Fiscal valorar la necesidad de la promoción de la acción si resultare más conveniente para el menor.

Prevé la situación en que adquirida la mayoría de edad el menor desista de la acción promovida por el Fiscal ubicando nuevamente el interés del directamente damnificado en el centro de la escena. Establece que para la realización de las denuncias bastará la edad de 16 años que es la misma que toma para el supuesto de intereses contrapuestos.

La novedad significativa por la cantidad de causas que pasarán a esta categoría son las de naturaleza estrictamente patrimonial y privada en el sujeto pasivo, desde los hurtos simples (art. 140, inc. 1°, ACP), los robos -sin violencia en las personas- (art. 141, inc. 1°, primer supuesto, ACP), cheques sin provisión de fondos (art. 148, ACP), insolvencias punibles (Título VII, Capítulo XI), estafas y otras defraudaciones (arts. 143, 144, 145 inc. 1°, apartados "a", "b" y "c", y art. 146, ACP), marcas y designaciones (art. 151, ACP), derechos intelectuales (art. 150, ACP). Del mismo modo se incorporan los fraudes al comercio e industria (art. 165, inc. 1, ap. "b", e inc. 2°, ACP) en este conjunto.

De esta manera el ACP deja en el ámbito de la decisión privada la remoción del obstáculo que permitirá al Estado ejercer la acción penal, lo que se valora como un acierto, en tanto permite al damnificado evaluar la conveniencia de la persecución, prevaleciendo de esta manera su voluntad frente a la del Estado.

4. Las acciones privadas

En cuanto a los delitos que componen esta categoría, se mantiene solo a los delitos contra el honor (arts. 100 y 101, ACP) y la violación de secretos (art. 122, inc. 1°, ACP), incorporándose el acceso ilegítimo a la información (art. 123, inc. 1° y apartados "a" y "c" del inc. 3°, ACP).

Es un acierto la habilitación del conviviente junto al cónyuge supérstite para ejercer la acción privada post mortem (art. 44, inc. 2°, ACP).

La novedad consiste en la inclusión del aborto culposo del inciso 2° del artículo 86, que era un delito que por descuido no estaba tipificado en el Código de 1921, como dice la Exposición de Motivos.

5. La suspensión del juicio a prueba (probation)

Se advierten las siguientes diferencias con el texto vigente:

- No se restringe a los delitos de acción pública, con lo que la suspensión a prueba abarcará los delitos de acción privada.
- Se extiende a los delitos que no excedan a tres años en su mínimo, sean uno o más delitos, a diferencia de los tres años en su máximo del Código vigente, con lo que abre notablemente su ámbito de aplicación.
- Excluye a los condenados a pena de prisión, a quien hubiere sufrido prisión como condenado en los cinco años anteriores a la comisión del hecho, a quien hubiere gozado de una suspensión en los cinco años anteriores, o de una condenación condicional en los cinco años anteriores.

En cuanto al pedido, se corre vista a la persona ofendida y sobre el mismo deberá requerirse opinión al Ministerio Público Fiscal. No se requiere el consentimiento del Fiscal como recaudo del otorgamiento.

Tal como está redactada la norma, la falta de contestación de la vista o de la opinión del Fiscal, no empecen por sí solas a la tramitación del beneficio, por cuanto en audiencia posterior el Tribunal deberá oírlos sobre el monto de reparación que necesariamente debe contener el pedido. La razonabilidad de este ofrecimiento, que deberá serlo en la mayor medida de las posibilidades del imputado será considerada por el Tribunal luego de oír al directamente ofendido quien, si la suspensión se acordare y el monto no fuere estimado suficiente por éste, podrá ocurrir ante la sede civil procurando la satisfacción plena de la indemnización que pretende quedando habilitada directamente la instancia.

Regula expresamente que los bienes que se hubiesen debido decomisar en caso de condena, deben ser abandonados a favor del Estado por el imputado, como un requisito para la concesión del beneficio y mantiene también la exclusión de los funcionarios públicos, siempre que los hechos imputados lo hayan sido en ejercicio o con motivo de sus funciones, con lo que mejora el texto anterior ampliando la exclusión a los hechos cometidos con motivo de sus funciones, aunque no fueran propios de su ejercicio.

En cuanto a la exclusión de la probation de los delitos previstos con pena de inhabilitación, criterio que la jurisprudencia ha venido atemperando desde hace muchos años, este texto la elimina, y exige que las normas de conductas del compromiso que asuma el imputado estén ordenadas en el propósito de solucionar la presunta impericia o inidoneidad. Incluye aquí igualmente los casos en los cuales no esté prevista especialmente la pena de inhabilitación pero pueda ser aplicada alguna inhabilitación por disposición de una norma general, lo que mejora también en esto, al Código actual.

Mantiene, convenientemente la regla vigente sobre la satisfacción de la pena de multa, cuando un delito con esta pena integre el concurso por el que se realiza el pedido, fijando que el monto a cumplir será el mínimo legal.

La norma establece que el plazo de suspensión será de uno a tres años, al igual que el Código en vigencia, y las reglas de conducta como trabajos comunitarios que pueden ser impuestos como pautas compromisorias a cargo del beneficiario, las que no obstarán las sanciones administrativas a que el hecho hubiere dado lugar.

La revocación también tiene un tratamiento razonable ante la comisión de un nuevo delito en el período o el incumplimiento injustificado y reiterado de los compromisos asumidos por el imputado, especialmente si pudiendo hacerlo no cumple con la reparación a la que se obligara. Si debiera continuar la acción penal por estas razones, también hay una regulación sobre la situación que puede generar la absolución cuando en el trámite de la suspensión ha pagado la indemnización, o una parte de ella, y ha abandonado bienes propios a favor del Estado, que podrían haber sido decomisados en caso de condena. Estos últimos bienes deben ser resueltos pero los pagos reparatorios ya efectuados en cumplimiento del compromiso asumido para obtener la suspensión que se ha revocado, no podrán ser repetidos del directamente afectado por el delito.

En definitiva, el tratamiento del instituto en la norma propuesta mejora la redacción vigente y abre las posibilidades de aplicación de manera conveniente.

Régimen sancionatorio de las personas jurídicas

Si el ACP se transformase en ley es probable que, luego, alguien que tenga el propósito de revisar la Exposición de motivos para intentar descubrir cuál fue la finalidad que guió la introducción de estas reglas⁽¹⁷⁾ se sorprendería de que haya habido tantas dudas sobre el tema, como que la Comisión empieza diciendo: "No puede ocultar las discusiones que se suscitaron en su seno respecto de las sanciones a las personas jurídicas y a la pretendida o real responsabilidad penal de éstas".

Se parte así de una base endeble, ya que si es verdad que luego el mismo grupo de juristas afirma: "de cualquier manera se coincidió", la sensación de falta de certeza que queda flotante debe conducir a una interpretación necesariamente restrictiva sobre el alcance de la obligación que tendrían las personas jurídicas de responder, con el sufrimiento del castigo, al que aluden aquellas normas. Más allá de esto, y por encima, está la objeción que alguien podría hacer, en el sentido de que, castigar a las personas jurídicas por los delitos que cometen quienes las representan, viola el principio constitucional de personalidad de la pena, ya que según el art. 5.3 de la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos: "La pena del reo no puede trascender de la persona del delincuente", pues la sanción puede recaer en quienes han permanecido totalmente ajenos al hecho⁽¹⁸⁾.

Entre los puntos de encuentro que la Comisión anuncia haber arribado, está: "Se prevén sanciones a las personas jurídicas en diferentes leyes especiales y, por ende, resulta conveniente unificar legalmente el criterio a su respecto".

Aquí se tropieza con la primera dificultad: las leyes –de las que se habla dándoles un alcance genérico a la palabra "especiales"– pueden tener naturaleza penal o administrativa; ser dictadas por el Congreso de la Nación o por los cuerpos legislativos de los Estados particulares o por los órganos con la misma función con los que cuentan los municipios. Si la materia estuviese regulada de manera diferente en una ley nacional previa o posterior a la que sancionase el Código Penal, estaría frustrado el propósito de unidad legislativa. Igualmente ocurriría si las Provincias o los municipios resolviesen otra cosa, poniendo en obra las respectivas facultades que les conceden la Constitución nacional, las Constituciones locales y las leyes orgánicas de las municipalidades.

Cabe, entonces, restringir el ámbito de aplicación de las previsiones del ACP a las que hasta el presente son leyes penales especiales y que la iniciativa prevé incorporar al propio texto del Código Penal; tal como lo señala la Comisión cuando explica el artículo 61° "Aplicación de las sanciones".

El punto 2 de las coincidencias dice que sobre la naturaleza jurídica de estas sanciones "se ha preferido dejar en suspenso cualquier posición al respecto, permitiendo que la doctrina siga discutiendo si tienen o no carácter penal, limitándose a proponer un ámbito sancionador y regularlo en la competencia del juez penal".

Sobre que una cosa es la ley y otra la doctrina, no puede haber divergencia; porque es así. Pero los problemas no los origina la última sino que, por el contrario, su misión consiste en facilitar la interpretación de la primera. Con el texto elaborado las dificultades no desaparecen, pues el Código Penal puede proponer un ámbito sancionador y regularlo atribuyéndole competencia del juez penal, pero no por ello desaparecerán las normas nacionales, locales y municipales a las que he aludido precedentemente y los organismos encargados de aplicarlas. De lo que no se podrá prescindir será de la necesidad de evitar la imposición de dos sanciones derivadas del mismo hecho: una penal y otra administrativa. En síntesis: exactamente como ocurre ahora.

Lo peor es que la propia Exposición de Motivos habla de que "queda abierta en nuestro sistema constitucional y federal la posibilidad de una duplicidad de sanciones sobre el mismo hecho, sobre el mismo ente y con los mismos fundamentos". No es así en Derecho. Y carece de solidez argumentativa acudir a la "perspectiva realista del problema", como lo hace la Comisión.

⁽¹⁷⁾ Siempre se da por cierto que estos documentos: trabajos preparatorios, discusiones parlamentarias, exposición de motivos, etc. enseñan la generación de las leyes; constituyen el elemento histórico que, a veces, puede ser interesantísimo para descubrir su telos (Jiménez de Asúa, Luis, *La ley y el delito. Principios de Derecho Penal*, 2ª ed., Hermes, Buenos Aires, 1954, p. 114).

⁽¹⁸⁾ A quien hiciese semejante cuestionamiento, Nino le respondería que hay ciertas reglas que permiten imputar las consecuencias de la intención de quienes actuaron, a otras personas vinculadas con ellos por ciertas reglas (Nino, Carlos Santiago, *Los límites de la responsabilidad penal. Una teoría liberal del delito*, Astrea, Buenos Aires, 1980, p. 413).

El último párrafo del punto 2 expresa: *“No ha faltado una opinión que señaló que desde la perspectiva político criminal, y dada la natural selectividad del poder punitivo, se corre el riesgo de perjudicar a las pequeñas y medianas empresas, proveedoras de la mayor demanda de mano de obra del país”*.

Sin dejar de lado que esa premonición puede coincidir con lo que ocurra de ser aprobado el ACP, lo más grave es que introducir ese Título IX marcha de contrapelo con la necesidad de reducir el poder punitivo del Estado. Luce lamentable que la Comisión haya abandonado sus principios, como lo dice de manera expresa: *“Ante la imposibilidad de revertir la opinión dominante, se concluyó que no existe espacio político ni mediático para omitir la regulación de estas sanciones en el Código Penal”*. Es de confiar en que –como también lo sugiere– en el plano político-criminal haya un *“mejor criterio de decisión de los Poderes que legislan”*.

El punto 3 de las *coincidencias* contiene algunas reflexiones –con trascendencia al texto propuesto para el nuevo Código– que generan la necesidad de meditar sobre ellas:

El punto 2 a) del art. 1 *“Principios”* reza: *“Legalidad estricta y responsabilidad. Sólo se considerarán delitos las acciones u omisiones expresa y estrictamente previstas como tales en una ley formal previa, realizadas con voluntad directa, salvo que también se prevea pena por imprudencia o negligencia”*. Empero, la lectura de la Exposición de Motivos en la materia que nos está ocupando produce la sensación de que esa regla básica no rigiese, porque cuando habla de la irrelevancia de la carencia de atribuciones del órgano o representante, abre la posibilidad de considerar la existencia de una suerte de dolo ex post facto.

Aparte, pero también vinculado al concepto *tipo subjetivo*, la Comisión expone: *“En el inciso 3° se sanciona la culpa in eligendo e in vigilando, aún en el caso en que no se derivase beneficio alguno para la persona jurídica”*. Esto constituye un error que, de no corregirse, implica borrar toda diferencia entre responsabilidad civil y responsabilidad penal. Es lo mismo que trasladar el art. 1113 del Código Civil (al menos con su redacción original, y que hoy quedó como primer párrafo) al Código Penal.

Finalmente, como la propia Comisión está diciendo que los jueces penales tienen *“escaso o nulo entrenamiento en la materia”* –de cómo sancionar a las personas jurídicas– y que también se les oponen *“las limitaciones propias de su magisterio”*, lo mejor hubiese sido no incluir el Título IX del Libro primero.

Hasta aquí llega el análisis de la Exposición de Motivos. En cuanto al texto proyectado:

El artículo 59° hace responsable a las personas jurídicas *“por los delitos cometidos por sus órganos o representantes que actuaren en beneficio o interés de ellas”*.

Dejando de lado lo abierto del enunciado, ya que *“beneficio”* e *“interés”* pueden tener las manifestaciones más variadas, lo que realmente preocupa es que la regla contradice la prohibición general de que la pena trascienda a terceros, de la que habla el artículo 1° *“Principios”* en su apartado *“d”*.

Es aconsejable introducir los siguientes cambios:

El punto 1 del art. 59° debería estar redactado así: *“Las personas jurídicas privadas son responsables, en los casos en que este Código expresamente los prevé, por los delitos cometidos por las personas que las representan y ejercitando sus funciones”*.

Con ello se corregirían las imprecisiones que se han señalado al comentar la Exposición de Motivos.

El punto 3 del mismo artículo debería suprimirse. Son válidas para afirmarlo las mismas consideraciones que se formularon al principio.

En el punto 4 debería sustituirse la palabra *“hecho”* por *“delito”*.

Este cambio restringiría el alcance de la norma a los casos en que esté comprobado que el interviniente ha actuado con dolo o con culpa.

El punto 1 del art. 60° debería estar redactado así: *“1. Las sanciones a las personas jurídicas serán las siguientes, según se indican para cada delito en el Libro segundo de este Código”*.

Este texto demostraría respeto al principio *lex stricta*.

El punto 2 del mismo artículo debería estar redactado así: *“Son aplicables a las personas jurídi-*

cas las disposiciones de los Títulos I, II, VII y VIII del Libro Primero de este Código”.

Con ello se les reconocerían a las personas jurídicas las mismas garantías que amparan a las personas físicas, respetándose así los principios constitucionales.

El punto 6 del art. 62º debería tener la siguiente redacción: “El juez penal y los órganos competentes de la administración pública no podrán imponer sanciones por el mismo hecho, si cualquiera de ellos lo hubiese hecho previamente”. La razón del cambio está explicada en los anteriores comentarios a la Exposición de motivos: la necesidad de respetar el principio *non bis in ídem*.

Análisis del Libro Segundo: Parte Especial

Delitos contra las Personas

En el Título II del Libro Segundo, se regulan los Delitos contra las Personas, manteniéndose la denominación del título correspondiente del Código vigente. A partir de la consideración de que los títulos debían designar el bien jurídico principal que se protege en ellos, la sistemática del Código vigente que se mantiene en el ACP había sido criticada por la doctrina, ya que se altera -en este caso- la regla antes referida al mencionar aquí al titular (la persona) de un cúmulo de bienes jurídicos. Y luego, al analizar el contenido del título se decía que era posible imaginar otros bienes jurídicos en cabeza de la persona que sin embargo aparecían contenidos en otros lugares (por ejemplo, el honor, la libertad, etc.). En el texto proyectado el contenido del título se ha ampliado, contemplándose en el Capítulo I los Delitos contra la vida; en el Capítulo II, la Tortura; en el Capítulo III, las Lesiones; en el Capítulo IV, la Participación en riña; y en el Capítulo V, el Abandono de personas. No obstante la ampliación de los bienes jurídicos comprendidos en el título, lo que significa una mejora en la metodología, persiste el problema inicial y la inconsecuencia con la regla que parece seguir ahora el ACP, por lo que cabe mantener la crítica oportunamente efectuada por la doctrina sobre el Código vigente.

1. Homicidio simple

Como quedó dicho, en el Capítulo I se regulan los Delitos contra la vida. Respecto del **Homicidio Simple (art. 76, ACP)** se mantiene la redacción del actual art. 79, CP, conservándose la escala vigente (ocho a veinticinco años), pero conminando al delito con la pena de prisión. Lógicamente la pena de reclusión desaparece del texto, ya que no se encuentra entre las previstas en el ACP. Ello por sí solo no debería determinar la aplicación del principio de la ley penal más benigna del art. 3, ACP, toda vez que según la jurisprudencia de la CSJN la pena de reclusión del Código vigente se encuentra tácitamente derogada.

Debe señalarse como aspecto novedoso que se incluye en el inc. 2° del referido artículo una agravación del mínimo aplicable cuando el resultado muerte fuere plural, llevándose en ese caso el mínimo a quince años de prisión. En la Exposición de Motivos se expresa que con esta norma se intenta agravar el caso en que con una sola acción se causa más de un resultado mortal, que para la teoría de la unidad de acción constituye un único hecho, ya que la multiplicidad de resultados no multiplica la delictuosidad.

2. Homicidios agravados

Se producen cambios más trascendentes en relación a los **Homicidios Agravados**, contemplados ahora en el **art. 77, ACP**.

En líneas generales se mantienen los tradicionales supuestos de agravación del actual art. 80,

CP, pero desaparecen los siguientes casos, que habían sido agregados por sucesivas reformas: 1) el homicidio contra un miembro de una fuerza de seguridad, policial o penitenciaria, por su función, cargo o condición (inc. 8, incorporado en 2002); 2) el homicidio cometido por un miembro de una fuerza de seguridad, policial o del servicio penitenciario, mediando abuso de su función o cargo (inc. 9, incorporado en 2003); y 3) el llamado femicidio (inc. 11, incorporado en 2012), es decir, el materializado contra una mujer, a manos de un hombre y mediando violencia de género. En los dos primeros casos, la derogación determinará la aplicación de la ley penal más benigna, por imperio del art. 3, ACP, reduciéndose la pena a la escala del homicidio simple (ocho a veinticinco años de prisión), siempre que no hubiera mediado también otra agravante en el caso concreto. En el caso del femicidio, es posible considerar que su tipicidad es ahora reconducida al homicidio por razones discriminatorias del art. 77, inc. 3, "b", ACP, con fundamento en la amplísima noción de "discriminación" que brinda el art. 63, inc. 4, "u", ACP, por lo que cabrá determinar en cada caso concreto la procedencia o no de la aplicación de la ley penal más benigna.

En el supuesto del inc. 1, a) del art. 77, ACP, se mantienen las previsiones del actual art. 80 inc. 1°, CP, pero con algunas importantes modificaciones: en primer lugar, aparece ahora la expresión "*conviviente estable*". Con ello quedaría cubierto el supuesto de la actual "relación de pareja". Pero el cambio en la expresión no es menor, ya que al utilizar el ACP el término "conviviente" queda expresamente excluido el supuesto de no convivencia que contempla el texto vigente, y que según la doctrina abarcaría al noviazgo sin convivencia. Al igual que en el texto actual, la calificante comprende el caso de quien se encuentra al momento del hecho en tal condición (cónyuge o conviviente estable) o quien lo haya estado con anterioridad. En segundo lugar, se incluye expresamente ahora entre los casos de agravación al homicidio del padre, madre o hijo adoptivos, que en el texto vigente es rechazado por alguna doctrina (Creus, por ejemplo). En tercer lugar, reaparece el elemento subjetivo del conocimiento expreso del autor del hecho que actúa sobre los sujetos enunciados en el tipo.

Respecto del denominado **Homicidio Transversal**, contemplado en el inc. 12 del art. 80, CP, el ACP introduce un cambio, con un texto que resulta más amplio puesto que se mantiene la idea de matar a una persona para causar sufrimiento en otra, pero se ha eliminado la referencia al matrimonio o relaciones de pareja actuales o pasadas, con o sin convivencia, como lo contempla el actual inc. 1 del art. 80 del código vigente, como único contexto en el que puede darse tal supuesto. Esta modificación se considera apropiada, en tanto permite contemplar otros supuestos además de la violencia de género en los cuales también se considera justificada la pena agravada, tales como las situaciones de esta naturaleza que se dan en un marco de crimen organizado, según el ejemplo contenido en la Exposición de Motivos.

3. Las circunstancias extraordinarias de atenuación

En forma coincidente con la eliminación del femicidio, en el inc. 4 del art. 77, ACP, desaparece la limitación a la aplicabilidad de las **Circunstancias extraordinarias de atenuación** en casos de autores que hubieran realizado anteriores actos de violencia de género contra la víctima, que aparece en el último párrafo del art. 80, CP. La modificación parece adecuada en tanto la doctrina ya había señalado enormes dificultades a la hora de establecer con precisión qué se entiende por "anteriores actos de violencia de género". Como en el texto vigente, la escala penal privilegiada disminuye la prisión a un mínimo de ocho años y un máximo de veinticinco años.

Otra modificación se encuentra en el homicidio calificado "*por placer, codicia o razones discriminatorias*" (art. 77, inc. 3, "b", ACP). En este caso se mantienen las agravantes de placer y codicia, pero ahora se reemplaza el "*odio racial, religioso, de género o a la orientación sexual, identidad de género o su expresión*". La modificación se considera adecuada en tanto desaparece la exigencia del odio, que siempre resulta de difícil prueba, a la vez que la expresión "razones discriminatorias" encuentra su alcance preciso en el art. 64, inc. "u", ACP con una fórmula que se considera adecuada y comprensiva de las situaciones que prevé el actual inc. 4 del art. 80 CP vigente.

Finalmente cabe efectuar una consideración sobre la pena fijada para los homicidios calificados. La Comisión redactora ha optado por conminar este delito con una escala penal agravada que va desde los quince hasta los treinta años de prisión, en lugar de la actual prisión o reclusión perpetuas del código vigente. Dejando de lado la pena de reclusión, que según lo ha expresado la CSJN en el caso *"Méndez, Nancy Noemí s/Homicidio Atenuado"* debe considerarse tácitamente derogada, la actual prisión perpetua se ha determinado en treinta años. Por tanto el máximo propuesto en el ACP es coincidente con la interpretación actual acerca de la duración de la prisión perpetua. El reemplazo de una pena fija por una divisible resulta adecuado y permite al juzgador una más adecuada aplicación de la ley a las circunstancias del caso concreto. La experiencia tribunalicia indica que no todos los casos encuadrables en los homicidios calificados merecen la misma pena. Quizás hubiera sido aconsejable fijar un mínimo mayor. Sin embargo un juez criterioso podrá actuar sensatamente echando mano a las pautas de agravación contempladas en el ACP. Por lo demás se coincide con la fundamentación brindada por la Comisión al proyectar la reforma.

Debe quedar claro que este cambio legislativo no justificará por sí solo una eventual aplicación del principio de la ley penal más benigna, sino que ello dependerá de las especiales características de cada caso.

4. Homicidio en estado de emoción violenta

En lo que refiere al **Homicidio en estado de emoción violenta** (art. 78, inc. 1°, ACP), el mismo aparece reprimido con una pena de prisión de entre uno y seis años. Esto permite resolver el problema del texto vigente que castiga esos casos con prisión de uno a tres años o reclusión de tres a seis años. Al eliminarse en el ACP la pena de reclusión, se fija un máximo más grave para la prisión y con ello se dispone una escala penal más razonable. En el inciso segundo del referido artículo se regula la hipótesis agravada, cuando el homicidio emocional se da respecto las personas comprendidas en art. 77, inc. 1°, "a", ACP (ascendientes, descendientes, etc.). Se observa aquí una sustancial disminución de la escala penal, comparada con la del vigente art. 82, CP. En efecto este último fija el mínimo en diez años y el máximo en veinticinco años de prisión. Como se puede ver, el mínimo aplicable en el Código vigente es más alto que el del homicidio simple, lo que no parece del todo justo. En tanto que el texto proyectado reduce la escala a tres años de mínimo y quince años de prisión como máximo. La solución propuesta se considera adecuada ya que da debida cuenta del estado emocional que afectó al sujeto activo.

5. Homicidio preterintencional

En el art. 79, ACP se contempla el **Homicidio preterintencional** empleándose la fórmula actualmente vigente, lo que se considera correcto. Se agrava la pena aplicable llevándose el máximo a los ocho años de prisión.

6. Reintroducción del infanticidio

En el art. 80, ACP se reintroduce la figura del **Infanticidio**, aunque ahora solo limitando la pena privilegiada a la mujer. Como se recordará, la figura fue derogada en el año 1995, generándose con ello algunos problemas interpretativos a la hora de deslindar el homicidio del aborto. El texto proyectado, además de excluir de la figura atenuada a los parientes de la mujer que aparecían en el texto original del Código (padres, hermanos, marido e hijos), ha eliminado acertadamente toda referencia a la "deshonra" de la mujer. Se mantiene la referencia temporal (durante el nacimiento) y a la influencia del estado puerperal. La pena proyectada es más grave que la que originalmente preveía el Código Penal (seis meses a dos años de prisión; o reclusión hasta tres años sin expresión del mínimo de esta pena), y ha sido fijada por la Comisión en uno a cuatro años de prisión, lo que parece adecuado. Se considera correcto reintroducir la figura del infanticidio en el Derecho Argentino. Quizás hubiera sido correcto dejar en claro que cuando se habla del infanticidio "durante el nacimiento" no se quiere referir

exclusivamente a una circunstancia temporal, sino a la influencia concreta que el nacimiento tiene sobre el ánimo de la madre.

7. Instigación o ayuda al suicidio

En el art. 81, inc. 1°, ACP se reproduce el texto vigente del delito de **Instigación o ayuda al suicidio**. En el inc. 2° se introduce una disposición concordante con el homicidio piadoso que se consagra en el artículo siguiente. En este agregado se contempla la situación de quien ayuda al suicidio a una persona que se encuentra afectada por una enfermedad incurable o terminal, a la que el autor se encuentra unido por un vínculo de afecto, cuando actuare movido por un sentimiento de piedad y a pedido inequívoco del enfermo. Se deja librado a la apreciación judicial del caso la aplicación de la pena prevista en el inciso 1° (uno a cuatro años de prisión) o bien la eximición de la misma. La norma se considera acertada.

8. Homicidio piadoso

En el art. 82, ACP se consagra el llamado **Homicidio Piadoso**, que es reprimido con la pena atenuada de uno a cuatro años de prisión. Aquí el autor causa directamente la muerte de una persona, en la misma situación descrita en el párrafo precedente. También se considera correcta la introducción de esta figura en el Derecho Argentino.

9. Homicidio culposo

En el art. 83, ACP, se contempla el **Homicidio Culposo**. En el inciso 1° se reproduce el texto vigente, con la elevación de la pena mínima a un año de prisión (la actual es de seis meses) y manteniendo el máximo en cinco años de la misma pena. Lo novedoso está en el segundo inciso, donde se agrava notoriamente la pena máxima en casos de *resultado plural o infracción temeraria al deber de cuidado*. La pena prevista para estas situaciones se eleva a ocho años de prisión en su máximo, lo que coincide –obsérvese– con el mínimo aplicable al homicidio doloso. Cabe destacar que la redacción vigente solo eleva el mínimo a dos años de prisión cuando hubiere más de una víctima o cuando el hecho proviniera de la conducción imprudente de automotores. Entendemos que, en general, dichos casos quedan atrapados por la redacción propuesta. La norma, evidentemente, busca evitar el recurso al dolo eventual especialmente para los casos de accidentes de tránsito. Se estima que no obstante el esfuerzo de la Comisión por borrar al dolo eventual, éste que tampoco aparecía en el Código vigente, continuará siendo invocado no obstante la ya criticada expresión “voluntad directa”.

Delitos contra la integridad y la libertad sexual

La Comisión ha optado por denominar al bien jurídico protegido como “integridad y libertad sexual”. La doctrina ya había criticado la expresión “integridad sexual” incorporada al Código Penal vigente por la Ley 25.087 (1999), por su imprecisión y porque no gozaba de tradición en el país. También se había señalado que podía atribuírsele una connotación moral determinada, inapropiada para la materia que se estaba legislando, ya que debería procurarse aquí una regulación amplia y respetuosa de todas las concepciones morales vigentes en la sociedad. En tal sentido, se habían propuesto denominaciones tales como “delitos contra la libertad sexual” o “delitos contra la reserva sexual”, entre otras muchas posibles, pero con fuerte arraigo en la doctrina argentina.

El ACP, entonces, persiste en el uso de la expresión criticada, pero adicionando ahora la idea de libertad sexual. La Comisión no ha hecho mención alguna a este tema en la Exposición de Motivos, lo que hubiera sido deseable.

Desde el punto de vista metodológico, la Comisión ha insistido en no agrupar a las diversas

figuras delictivas en capítulos, como lo hacía el Código Penal vigente en su antigua redacción de 1921 relativa a los "Delitos contra la honestidad". No obstante ello, al haberse colocado un título a cada artículo -circunstancia que también ha sido motivo de algunas críticas-, lo cierto es que la presentación de cada figura luce algo más ordenada que la ley vigente.

1. El delito de violación

En el art. 126, ACP vuelve a introducirse con ese nombre la figura de violación. Se considera una opción correcta, ya que reconoce que ese es el nombre que se le da habitualmente al delito tanto en la doctrina, como en el lenguaje común del ciudadano. También ha de destacarse como acertado el reemplazo de la vieja fórmula del "acceso carnal" que se arrastraba, aunque remozada en la Ley 25.087, desde la redacción original de comienzos del siglo XX. Y también la consecuente eliminación de la no menos problemática expresión "por cualquier vía" que había incluido el legislador de 1999 en el Código vigente con la esperanza -vana- de poner fin a la eterna discusión en torno a la *fellatio in ore*. En el texto propuesto, la acción típica pasa a ser la de "practicar coito vaginal, anal o bucal". La palabra "coito" presenta una textura que permite incluir las tres vías que se mencionan ahora expresamente en el artículo, si se sigue la definición que aporta la Real Academia Española para ella. Queda claro, entonces, que en la redacción propuesta la *fellatio in ore* pasa a ser un supuesto de violación, ahora ya sin lugar a dudas, como lo había reclamado la doctrina incluso después de la reforma de 1999. Por ello resulta acertada la fórmula empleada.

Es destacar que los supuestos contemplados en la norma son los tradicionales: violencia, intimidación, e imposibilidad de consentir el hecho por cualquier causa. Las agravantes también son las tradicionales. Sin embargo es de destacar que en el ACP desaparece la agravante contemplada en el inciso "c" del actual art. 119 del Código Penal: "*El autor tuviere conocimiento de ser portador de una enfermedad de transmisión sexual grave, y hubiere existido peligro de contagio*". Se estima que el resto de las calificantes incorporadas por la Ley 25.087 pasan a alguno de los cinco supuestos contemplados en el ACP.

La escala penal aplicable a las violaciones calificadas se ve modificada. La del Código vigente va entre ocho y veinte años. En el ACP, la misma queda disminuida entre seis y dieciocho años. Ello podría dar lugar, en ciertos casos, a la aplicación del ACP como ley penal más benigna.

2. Otros abusos sexuales

En el art. 127, ACP, se regula una suerte de figura residual bajo la denominación "otros abusos sexuales". Aquí se contemplan actos sexuales diferentes del coito realizados en las mismas circunstancias enunciadas en el inciso 1° del art. 126, ACP, es decir violencia, intimidación, e imposibilidad de consentir el hecho por cualquier causa.

La redacción dada a esta figura es muy inapropiada. Se presenta un tipo de una laxitud tal que no da cumplimiento al mandato de determinación derivado del principio de legalidad. Es imposible establecer con precisión cuál es la conducta prohibida. Indudablemente la norma busca atrapar los casos de abusos sexuales simples de la ley vigente, pero con una escala penal más rigurosa; en el ACP se castigan estos hechos con prisión de uno a seis años, mientras que en el Código vigente se aplica una escala que va desde los seis meses a los cuatro años de prisión.

En el inciso 2° del mismo artículo se enuncian los supuestos de agravación, que coinciden con los de la violación, con el agregado de la introducción vaginal o anal de objetos o miembro no sexual, con una pena que va desde los dos a los diez años de prisión. Estos supuestos, con algunas exigencias adicionales, quedan atrapados -en el Código vigente- en los abusos sexuales gravemente ultrajantes, aunque con un mínimo más alto, de cuatro años de prisión, y un máximo idéntico. Parece acertada la fórmula del inciso 3 del art. 127, ACP, que aclara que a los fines del castigo de la violación y de los otros abusos sexuales resulta indiferente que autor y víctima estuvieren unidos en matrimonio. Quizás hubiera sido más acertado incluir esa norma en otro artículo y no como un inciso del que trata acerca de los "otros abusos sexuales".

Una última referencia al delito de exhibiciones obscenas. En el ACP, este delito pasa a denominarse "exhibiciones obscenas a menores". Y guardando la misma redacción que el Código vigente (art. 129, CP) indica como únicos sujetos pasivos posibles a los menores a los menores de dieciséis años, agravándose la pena en el inciso 2° cuando la víctima fuese un menor de trece años (algo que también sucede en la ley actual). La Comisión en su Exposición de Motivos dice de modo muy escueto: *"las exhibiciones obscenas del segundo párrafo del vigente artículo 129° se penan cuando están destinadas a menores de diez y seis años"*. Parecería ser, a juzgar por esta explicación de la Comisión, que las exhibiciones obscenas que no tengan como víctimas a menores de edad, sino solamente a los terceros que se ven expuestos a verlas involuntariamente, como lo dice la ley actual, serían impunes. Quizás no estaría mal que esos hechos pasasen a ser objeto de regulación en los respectivos Códigos Contravencionales. Sin embargo, ante la enorme indeterminación de la conducta prohibida en el inciso 1° del art. 127, ACP, se corre el riesgo de que pudieran quedar atrapadas allí, con una pena exageradamente grave para un hecho como el que nos ocupa. En efecto, la pena aplicable a la primera parte del art. 127, ACP, es de uno a seis años de prisión. En tanto que el Código vigente reprime las exhibiciones obscenas a adultos que deben soportarlas involuntariamente con pena de multa.

Delitos contra la propiedad: hurto y robo

1. Hurto

En la figura básica de hurto, se advierte una suba en el mínimo de la pena vigente en la actualidad para este tipo y a la vez, la introducción de días multa que se entiende como alternativa para perforar el mínimo de seis meses propuesto.

En lo atinente a las figuras calificadas de hurto, se entiende adecuada la permanencia del texto vigente actual en relación al llamado hurto campestre; los supuestos de mercaderías u otras cosas muebles transportadas; de bienes provenientes de yacimientos arqueológicos o paleontológicos o, cualquier otro perteneciente al patrimonio cultural de la Nación; el que se cometiere aprovechando las facilidades provenientes de un accidente, desastre, conmoción pública o infortunio particular del damnificado y el caso del que se perpetrare con escalamiento.

Se suprime correctamente el art. 167 donde se contempla la figura del abigeato y se reubica la misma en la figura de hurto, aunque en circunstancias especiales la retoma como figura de robo, todo lo cual se considera acertado.

Tomemos en cuenta que se entiende adecuada la precisión otorgada a los casos comprendidos en el supuesto de vehículos motorizados dejados en la vía pública o en lugares de acceso público. Además, se considera acertada la fórmula utilizada para referirse a los bienes de valor científico, histórico, cultural o religioso como forma de incorporar bienes que no están en el inciso que refiere a los pertenecientes al patrimonio cultural de la Nación. Se amplía el espectro de protección para evitar la analogía en el inc. E (lo cual sería claramente inconstitucional).

Se considera que la norma que refiere a uso de ganzúa, llave, instrumento semejante o de artificio técnico, falsos o verdaderos, hallados o apoderados, o en cuya tenencia se hubiere entrado por error, que hicieren operar un ingenio mecánico o electrónico, genera el surgimiento de problemas por el exceso de casuismo. Se sugiere precisar los conceptos de "ingenio mecánico". Complementariamente se hace notar el aspecto favorable que implica la actualización a las nuevas tecnologías.

En el supuesto de hurto cometido o facilitado por un funcionario público, con motivo o en ocasión del ejercicio de su cargo, se considera la existencia de una incoherencia con la modificación sugerida para la figura de homicidio, caso en el que se elimina al funcionario público como sujeto calificado.

2. Robo

En lo atinente a la figura de robo se considera positiva la incorporación de la intimidación como modo comisivo, que venía siendo reclamada ampliamente por la doctrina. Se considera que esta modificación permite solucionar problemas y confusión con otras figuras.

Como complemento de lo referenciado anteriormente, se considera altamente positivo el establecimiento de los tres modos comisivos y el momento en que pueden ser aplicados –antes, durante su comisión o después de producido para procurar la impunidad-, algo que en el texto vigente solo está establecido respecto al supuesto de violencia.

Se considera adecuado no permitir la pena alternativa de días multa, asimismo la suba del mínimo a seis meses.

3. Robos calificados

En relación a la figura de **robo calificado con arma real o simulada** se considera acertada la decisión de simplificar los supuestos que antes se encontraban desagregados en diferentes casos complejos de interpretar.

Se referencian aspectos altamente positivos en la redacción en esta figura calificada de robo en el ACP.

En primer lugar, está claro a partir de la Exposición de Motivos la razón de ser de la calificante debido a la intimidación y al poder vulnerante de los medios, coherente con la incorporación de la intimidación como modo comisivo del robo.

En segundo lugar, es necesario destacar que se utiliza una fórmula mucho más sencilla en comparación a la del texto actualmente vigente y parece comprensiva de todos los supuestos contemplados e incluso otorga la posibilidad de que ingresen a otro tipo.

La pena que se propone en el contexto del Código, se aprecia como apropiada.

En el caso del delito de robo con arma de fuego apta para el disparo, cargada y operativa, la pena se reduce. Por estos motivos, dado el caso, se forzará la aplicación de la ley penal más benigna, lo cual es necesario destacar que generará una gran ola de reclamos de revisión de sentencias en los tribunales de todas las jurisdicciones, por lo cual se sugiere tener presente tal situación.

En lo atinente a la figura que **robo que se cometiere en despoblado**, se expresa como acertada la decisión de que desaparezca la figura de “banda”. Se podría plantear que el supuesto que refiere a la participación concertada de tres o más personas, reemplaza al concepto de banda eliminado. Resulta inconveniente la redacción en tanto alude a una “participación concertada”.

No se ve cómo la participación en un delito podría ser no concertada

Se considera positivo que se proteja la mayor vulnerabilidad de los sectores mencionados en el inc. c), es decir los que se comenten contra una **mujer embarazada, un menor de trece años, o una persona mayor de setenta años o discapacitada**.

Se resalta la incorporación por remisión de todos los supuestos del artículo del hurto calificado, por lo tanto las apreciaciones correspondientes se hicieron con anterioridad.

En lo atinente a lo establecido en el inc. 3 que refiere a que el mínimo de la pena será de cinco años de prisión, cuando en el supuesto del apartado a) del inciso 2, **por la violencia la víctima hubiere corrido peligro de muerte**, se considera dudoso el criterio para la agravación, debido a que se advierte que será de difícil prueba y apreciación.

Respecto a la redacción del inciso 4°, del art. 141, ACP, que plantea que si las **violencias ejercidas para cometer el robo causaren la muerte en los términos del artículo 83 –homicidio culposo–**, el máximo de la escala penal será de dieciocho años, se observa como positiva. Además se considera oportuno señalar que en este contexto, el homicidio doloso cometido con motivo u ocasión del robo quedaría desplazado hacia el homicidio calificado “*criminis causae*”⁽¹⁹⁾; y el homicidio culposo, quedará comprendido en esta figura. No obstante ello cabe preguntarse por la ubicación que habrá de darse a aquellas hipótesis de muertes dolosas ocurridas con motivo u

⁽¹⁹⁾ En la Exposición de Motivos la Comisión dice textualmente: “El homicidio doloso cometido con la violencia del robo, es homicidio calificado *criminis causa* y su pena llega a treinta años”.

ocasión del robo, que carezcan del dolo propio del homicidio *criminis causa*, y que encontraban su encuadre en el art. 165 del Código vigente según un sector importante de la doctrina. Por ejemplo, el ladrón que da muerte a la víctima ante las recriminaciones que ésta le realiza por su accionar, supuesto que no puede encuadrarse en la redacción del propuesto art. 77, inc. 2, "a", ACP, que -recuérdese- exige que la muerte se haya producido para *"preparar, facilitar, consumir, u ocultar otro delito, o para asegurar sus resultados, o procurar la impunidad para sí o para otro, o por no haber logrado el fin propuesto al intentar otro delito"*. Evidentemente tales casos deberán ser tratados de acuerdo a las reglas sobre concurso de delitos.

También es importante aclarar que se considera correcta la agravación planteada en virtud de la calificación del autor en el delito de abigeato (art. 141, inc. 5°, ACP).

Delitos contra la Salud Pública: Estupefacientes

Unas pocas palabras pueden aportarse, dentro del marco de valoración selectivo anunciado al comienzo del presente, en relación con el tratamiento que el ACP dedica a determinados delitos contra la salud pública, y en la medida en que su caracterización típica introduzca alusiones a "estupefacientes" como sustrato relacional.

Así, el art. 199, ACP, contempla distintas conductas -antes reguladas en el art. 5 de la ley 23.737, aún vigente-, cuya conminación punitiva experimenta ahora una drástica reducción con relación a cuanto se prevé en el enunciado recién mencionado. Esto, más allá de toda objeción emocional y de impacto retórico, denota mayor racionalidad en la "determinación marco" del castigo necesario para los hechos de menos gravedad social como, v.gr., comportamientos de pequeños corretajes o entregas de tóxicos que no respondan a una articulación de envergadura logística y se mantengan dentro de dicho parámetro de moderación. Tres años de prisión en su mínimo, reemplazando al de cuatro años del texto en vigencia (más allá de las multas contempladas antes como cuotas y ahora según días), permitirán una elaboración jurisdiccional del conflicto con mayor sinceramiento y razonabilidad, evitando que el afán por sortear dicho escalón mínimo, dé lugar -como ha ocurrido- a interpretaciones del ilícito de correcta inspiración valorativa pero con descuido de su rectitud conceptual.

Tanto la siembra, el cultivo de plantas como la guarda de semillas utilizables para producir estupefacientes, y la producción, extracción o elaboración de los mismos, se encuentran criminalizados, a condición de que ello no ocurra para destinos de consumo personal. El sentido de estas regulaciones muestra sensatez, tan pronto el ACP, como luego se analizará, desincrimina la posesión -tenencia- de estupefacientes para consumo personal. Una línea directiva consecuente con dicha solución, determina que la preparación de tales actos no pueda ser desvalorada como ilícito independiente.

En cuanto al comercio, la tenencia con fines de lograrlo, el almacenamiento, transporte o tráfico de estupefacientes, plantas o semillas, precursores o materias primas necesarias para su producción o fabricación, se encuentran igualmente prohibidas bajo pena, con la excepción de que *"no sean para el uso o consumo común"*. Esta última salvedad, que opera delimitando negativamente la relevancia jurídico penal de aquellos comportamientos, no muestra sin embargo suficiente claridad. Cuanto constituya un uso o consumo "común" resulta equívoco y reñido con el ideal de claridad que cabe derivar del mandato de legalidad. Si cuanto se pretende es evitar introducir en el área de lo relevante típicamente las conductas mencionadas que no se originen en la necesidad de rendir satisfacción a consumos personales, bastaba con decirlo claramente, en lugar de incorporar una referencia adjetiva -lo "común"- ciertamente confusa. Quien comercia habitualmente lo hace para satisfacción de un mercado "común" de usuarios. Es evidente que esto no puede mostrar irrelevancia, de donde se sigue que resultaría indispensable modificar la salvedad antes aludida, y reemplazarla (acaso) por una mera indicación al "consumo personal" como vector excluyente de la tipicidad.

La previsión del suministro a título oneroso, desagregada en conductas de entrega, aplicación o puesta a disposición de otro a título oneroso, parece no resultar claramente conciliable con la criminalización del comercio siempre que no se tratase de uso común -aun interpretado como

individual-. El suministro gratuito solo se castiga con pena menor, siempre que el mismo no fuera ocasional y para uso personal del receptor. La reserva de castigo antes mencionada, solo válida para el suministro a título gratuito, denota que el oneroso, aún ocasional pero para uso del receptor, se encuentra castigada. Esto puede dar lugar a interpretaciones encontradas, que pueden evitarse mediante una reformulación de los enunciados de los cuales surja claramente en todos los casos el interés que –acaso– debe cifrarse en el destino de consumo personal asignado al sujeto pasivo del suministro –receptor.

Resulta inobjetable que, tratándose de menores, la voluntad de consumo del receptor resulte irrelevante en todos los casos para caracterizar la prohibición.

La tenencia de estupefacientes solo se castiga autónomamente, para justificar procesalmente la detección de actos orientados al tráfico, en su fase temprana. Se aclara perfectamente que el destino de consumo personal originado en una tenencia siempre resultará atípico. Esta línea regulativa merece, según se estima, aprobación.

Delitos contra el ambiente, la fauna y la flora

En una primera aproximación, se debe celebrar que la temática relativa a la crisis ecológica sea incluida en el catálogo de infracciones penales, dado que se trata de la mayor crisis civilizatoria que la humanidad ha experimentado, y ese solo dato torna procedente la utilización del sistema punitivo, en tanto sea considerada la herramienta más drástica que las sociedades civilizadas poseen para regular los conflictos de máxima gravedad.

Las observaciones que se formulan, se dirigen al modo en que se ha abordado la protección de los sistemas naturales, o como se prefiere de los ecosistemas, atendiendo mucho más a los elementos que lo componen en vez de considerar las relaciones o funciones que se verifican entre aquellos y dentro de los mismos. Esto –traducido en terminología jurídico penal– significa que se atiende mucho más a regular los objetos de protección de la conducta, por sobre la regulación de la conducta que ostenten la capacidad de afectación de los bienes o intereses jurídicos auténticamente colectivos.

Respecto de lo normado por el art. 204, ACP, referente a “Contaminación”, cabe observar que el mismo se configura bajo una fuerte dependencia de la normativa administrativa (accesoriedad administrativa absoluta), exhibiendo una estructura de la tipicidad de resultado, en relación al objeto de protección: agua, aire y suelo en lo relativo a la contaminación del ambiente, y fauna y flora en cuanto a la diseminación de enfermedad, plaga o especies biológicas o genéticamente alteradas. A su vez, desde la estructura de la antijuridicidad pretende calibrarse –al menos así se lo declama– bajo el «modelo de peligro concreto» en la afectación del bien jurídico requiriendo un grave peligro 1) para la salud humana, 2) de mortandad de animales y/o 3) de alteración significativa de la flora.

El tipo penal opta por “cosificar” de manera estática las nociones de ambiente (que lo identifica solamente con aguas, aire y suelo, y no con las relaciones funcionales entre dichos componentes, por lo se evitan los términos “ecosistemas” o “sistemas naturales”), como así también de fauna y de flora, identificando las mismas con la idea de especie, sea del reino animal o del reino vegetal. En tal sentido, se advierte que la visión antropocéntrica moderada del proyecto, adopta una perspectiva antigua e insatisfactoria para captar adecuadamente aquello que se pretende proteger, sin dar cuenta de su complejidad, indivisibilidad (imposibilidad conceptual, fáctica y jurídica de dividir en partes al bien jurídico y adjudicarlas en forma individual en tanto porciones), dinamismo (regeneración de los ecosistemas), naturaleza conflictual (las fuentes de peligro provienen del normal funcionamiento del sistema social), actividades lícitas y socialmente necesarias, que sólo pueden ser sometidas a control (regulación), y por último necesidad de ponderación. Concretamente, se estima incorrecto renunciar a las nociones de “equilibrio ambiental” o de “integridad ecológica de sistemas naturales”, pues con ello se priva al intérprete de captar adecuadamente la afectación de una realidad específica como son los ecosistemas.

Las penas propuestas se incrementan para la figura básica pasando a ser de seis meses a dos años (es ésta la escala punitiva prevista para las calificantes del tipo agravado del art. 238 del Código vigente, las que son suprimidas en el ACP).

2. Desobediencia a la autoridad (art. 249, ACP)

Se corresponde con el artículo 239 del Código vigente. Se precisó que la orden que se desobedece es de cumplimiento inmediato, lo que se corresponde con la interpretación jurisprudencial, ya que en virtud de lo manifestado en la Exposición de Motivos *"toda otra interpretación resultará inadmisibles, pues el tipo cobraría una amplitud incompatible con los principios republicanos"*.

3. Violación de deberes de funcionario público (art. 254, ACP)

Se corresponde con los vigentes artículos 248 y 249. Se agrava la pena, pues la actual redacción del Código Penal prevé pena de prisión de un mes a dos años y el ACP estipula pena de prisión de seis meses a tres años. El requisito de ilegalidad que está consagrado en el artículo 249 del Código vigente (...el funcionario público que ilegalmente omitiere...) no es consignado en el ACP pues según la Comisión redactora *"se presupone sin necesidad de expresarlo, puesto que de no estar configurado no pasaría de ser un acto decidido conforme al ámbito que la ley le confiere al funcionario"*.

4. Cohecho pasivo y concusión (art. 261, ACP)

El inciso 1º del artículo 261 se corresponde con los vigentes artículos 256 y 266. Se incluyó la concusión en esta misma fórmula, mediante la introducción del verbo "exigiere", tal como lo afirma la Comisión redactora. Surge también novedosa la referencia a "ventaja patrimonial" ampliando de ésta forma los objetos del delito (dinero y dádiva o su promesa).

Las penas se incrementan (de dos a ocho años) se agrega la multa de sesenta a doscientos cuarenta días y la inhabilitación dejaría de ser perpetua consiéndose en un máximo de veinte años. El inciso 2º del art. 261 corresponde al vigente artículo 257, se consigna directamente que *"el máximo de la pena de prisión será de doce años"* lo que modifica el mínimo que hoy está consagrado mediante la fórmula: *"será reprimido con prisión de cuatro a doce años..."*. Luego no se observan mayores diferencias.

5. Cohecho activo (art. 263, ACP)

Corresponde al artículo 258 del Código vigente. No se verifican diferencias sustanciales, se mantiene la escala punitiva prevista (de uno a seis años), se agrega la multa de sesenta a doscientos cuarenta días y la referencia a *"ventaja patrimonial"* ampliando de ésta forma los objetos del delito (dinero y dádiva o su promesa).

6. Malversación (art. 267, ACP)

Corresponde al artículo 260 del Código vigente. Se agrava la pena, pues la actual redacción del código prevé pena de inhabilitación especial de un mes a tres años, mientras que el ACP estipula pena de prisión de seis meses a tres años y multa de diez a sesenta días. Se reemplazó la referencia de "caudales y efectos" por la de "fondos o bienes", lo cual luce técnicamente más adecuado.

7. Peculado (art. 268, ACP)

Corresponde al vigente artículo 261, del Código Penal actual. Se mantiene la escala punitiva (de dos a diez años de prisión), se incorpora la multa de sesenta a doscientos cuarenta días. Al

Las penas propuestas se incrementan para la figura básica pasando a ser de seis meses a dos años (es ésta la escala punitiva prevista para las calificantes del tipo agravado del art. 238 del Código vigente, las que son suprimidas en el ACP).

2. Desobediencia a la autoridad (art. 249, ACP)

Se corresponde con el artículo 239 del Código vigente. Se precisó que la orden que se desobedece es de cumplimiento inmediato, lo que se corresponde con la interpretación jurisprudencial, ya que en virtud de lo manifestado en la Exposición de Motivos *"toda otra interpretación resultará inadmisibles, pues el tipo cobraría una amplitud incompatible con los principios republicanos"*.

3. Violación de deberes de funcionario público (art. 254, ACP)

Se corresponde con los vigentes artículos 248 y 249. Se agrava la pena, pues la actual redacción del Código Penal prevé pena de prisión de un mes a dos años y el ACP estipula pena de prisión de seis meses a tres años. El requisito de ilegalidad que está consagrado en el artículo 249 del Código vigente (...el funcionario público que ilegalmente omitiere...) no es consignado en el ACP pues según la Comisión redactora *"se presupone sin necesidad de expresarlo, puesto que de no estar configurado no pasaría de ser un acto decidido conforme al ámbito que la ley le confiere al funcionario"*.

4. Cohecho pasivo y concusión (art. 261, ACP)

El inciso 1º del artículo 261 se corresponde con los vigentes artículos 256 y 266. Se incluyó la concusión en esta misma fórmula, mediante la introducción del verbo "exigiere", tal como lo afirma la Comisión redactora. Surge también novedosa la referencia a "ventaja patrimonial" ampliando de ésta forma los objetos del delito (dinero y dádiva o su promesa).

Las penas se incrementan (de dos a ocho años) se agrega la multa de sesenta a doscientos cuarenta días y la inhabilitación dejaría de ser perpetua consiéndose en un máximo de veinte años. El inciso 2º del art. 261 corresponde al vigente artículo 257, se consigna directamente que *"el máximo de la pena de prisión será de doce años"* lo que modifica el mínimo que hoy está consagrado mediante la fórmula: *"será reprimido con prisión de cuatro a doce años..."*. Luego no se observan mayores diferencias.

5. Cohecho activo (art. 263, ACP)

Corresponde al artículo 258 del Código vigente. No se verifican diferencias sustanciales, se mantiene la escala punitiva prevista (de uno a seis años), se agrega la multa de sesenta a doscientos cuarenta días y la referencia a *"ventaja patrimonial"* ampliando de ésta forma los objetos del delito (dinero y dádiva o su promesa).

6. Malversación (art. 267, ACP)

Corresponde al artículo 260 del Código vigente. Se agrava la pena, pues la actual redacción del código prevé pena de inhabilitación especial de un mes a tres años, mientras que el ACP estipula pena de prisión de seis meses a tres años y multa de diez a sesenta días. Se reemplazó la referencia de "caudales y efectos" por la de "fondos o bienes", lo cual luce técnicamente más adecuado.

7. Peculado (art. 268, ACP)

Corresponde al vigente artículo 261, del Código Penal actual. Se mantiene la escala punitiva (de dos a diez años de prisión), se incorpora la multa de sesenta a doscientos cuarenta días. Al

igual que en el caso de la malversación se reemplazó la referencia a caudales y efectos por la de fondos o bienes. No obstante las modificaciones realizadas a los tipos penales, el capítulo continúa llamándose "malversación de caudales públicos".

Conclusiones

El texto confeccionado por la Comisión Redactora es superador, técnicamente mejor que el Código Penal vigente con sus innumerables modificaciones. Sus principales virtudes son la recuperación de la armonía valorativa que las sucesivas reformas le habían hecho perder al Código actual, y la "recodificación" de la materia penal, que se había visto dispersa en numerosas leyes penales especiales y en leyes comunes con disposiciones penales, todo lo cual hace difícil la aplicación y el estudio del Derecho Penal argentino.

Lo dicho no implica desconocer que existen en el ACP varios aspectos que a juicio de los profesores que lo analizaron en esta Facultad no reciben la mejor regulación, y que al Congreso de la Nación le corresponderá definir lo más conveniente para la sociedad de este momento y de los tiempos venideros, para lo cual el presente trabajo pretende ser un aporte para la discusión democrática de los representantes del pueblo.

Índice

Aclaraciones Previas	1
Introducción	3

Análisis del Libro Primero: Parte General

Principio de ofensividad	5
Pretendida exclusión de la omisión impropia	5
La expresión "voluntad directa" y la pretensión de exclusión del dolo eventual	6
El Hecho Punible	7
1. Estado de necesidad justificante	7
2. Presunción iuris tantum a favor del agente en contextos de violencia doméstica	8
3. Regulación de las causales de inimputabilidad	8
4. Regulación de los supuestos de error	8
5. Regulación de la pena por culpa y supuestos de disminución de pena	9
6. Regulación de la Tentativa	10
7. Concursos de delitos	11
8. Regulación del delito continuado	12
9. Regulación del concurso aparente	12
La regulación de la determinación de la pena	13
1. Nuestra normativa	13
2. Criterios Generales	13
3. Determinación judicial de la pena	14
Regulación de la pena de prisión y sus alternativas	19
Regulación sobre el ejercicio de la acción procesal penal	22
1. El Ejercicio de la acción pública	22
2. Situaciones Excepcionales	22
a) Criterios de Insignificancia	22
b) Pena natural y Pena inoficiosa	23
c) Conciliación	23
3. Las acciones públicas dependientes de instancia privada	24
4. Las acciones privadas	24
5. La suspensión del juicio a prueba (probation)	25
Régimen sancionatorio de las personas jurídicas	26

Análisis del Libro Segundo: Parte Especial

Delitos contra las Personas	29
1. Homicidio simple	29
2. Homicidios agravados	29
3. Las circunstancias extraordinarias de atenuación	30
4. Homicidio en estado de emoción violenta	31
5. Homicidio preterintencional	31
6. Reintroducción del infanticidio	31
7. Instigación o ayuda al suicidio	32
8. Homicidio piadoso	32
9. Homicidio culposo	32
Delitos contra la integridad y la libertad sexual	32
1. El delito de violación	33
2. Otros abusos sexuales	33
Delitos contra la propiedad: hurto y robo	34
1. Hurto	34
2. Robo	35
3. Robos calificados	35
Delitos contra la Salud Pública: Estupefacientes	36
Delitos contra el ambiente, la fauna y la flora	37
Delitos contra la Administración Pública	38
1. Atentado contra la autoridad (art. 248, ACP)	38
2. Desobediencia a la autoridad (art. 249, ACP)	39
3. Violación de deberes de funcionario público (art. 254, ACP)	39
4. Cohecho pasivo y concusión (art. 261, ACP)	39
5. Cohecho activo (art. 263, ACP)	39
6. Malversación (art. 267, ACP)	39
7. Peculado (art. 268, ACP)	39
Conclusiones	41

Análisis del Libro Segundo: Parte Especial

Delitos contra las Personas	29
1. Homicidio simple	29
2. Homicidios agravados	29
3. Las circunstancias extraordinarias de atenuación	30
4. Homicidio en estado de emoción violenta	31
5. Homicidio preterintencional	31
6. Reintroducción del infanticidio	31
7. Instigación o ayuda al suicidio	32
8. Homicidio piadoso	32
9. Homicidio culposo	32
Delitos contra la integridad y la libertad sexual	32
1. El delito de violación	33
2. Otros abusos sexuales	33
Delitos contra la propiedad: hurto y robo	34
1. Hurto	34
2. Robo	35
3. Robos calificados	35
Delitos contra la Salud Pública: Estupefacientes	36
Delitos contra el ambiente, la fauna y la flora	37
Delitos contra la Administración Pública	38
1. atentado contra la autoridad (art. 248, ACP)	38
2. Desobediencia a la autoridad (art. 249, ACP)	39
3. Violación de deberes de funcionario público (art. 254, ACP)	39
4. Cohecho pasivo y concusión (art. 261, ACP)	39
5. Cohecho activo (art. 263, ACP)	39
6. Malversación (art. 267, ACP)	39
7. Peculado (art. 268, ACP)	39
Conclusiones	41