

**Tema III:** Cuestiones de Política Criminal en la legislación penal.

**Título:** “Análisis Crítico de algunos aspectos del anteproyecto de reforma integral del Código Penal argentino”

**Autores:**

**Dra. Matilde Bruera**

Profesora Adjunta de Derecho Penal I, Facultad de Derecho de la UNR y Directora del Centro de Estudios e Investigaciones en Derechos Humanos Juan Carlos Gardella de la Facultad de Derecho de la UNR

**Domicilio:** Weelwright 1216, 12-2 - Rosario

**Teléfono:** 0341 - 4488039

**E-mail:** mbruera@enetemail.com.ar

**Dr. A. Rodrigo Ruiz Fernández**

JTP ad honorem de Derecho Penal I, Facultad de Derecho de la UNR

**Domicilio:** Montevideo 1045 - Rosario

**Teléfono:** 0341-4214025 / 4481197

**E-mail:** rodrigoruzfernandez@yahoo.com

**Dr. Gonzalo Daniel Stara**

A/C Sección de Derecho Procesal Penal del Centro de Estudios e Investigaciones en Derechos Humanos Juan Carlos Gardella de la Facultad de Derecho de la UNR

**Domicilio:** Entre Ríos 3630 - Rosario

**Teléfono:** 0341-4615333

**E-mail:** durrutystara@hotmail.com

**Dra. Gabriela Durruty**

Sección de Derecho Penal del Centro de Estudios e Investigaciones en Derechos Humanos Juan Carlos Gardella Facultad de Derecho de la UNR

**Domicilio:** Santa Fe 1123 1° “i”

**Teléfono:** 0341-4255670

**E-mail:** durrutystara@hotmail.com

**Dr. Andrés Ricardo Pennisi**

Adscripto, Derecho Penal I, Facultad de Derecho de la UNR

**Domicilio:** Ocampo 1032 - Rosario  
**Teléfono:** 0341-4820823  
**E-mail:** arpennisi@yahoo.com.ar

### **Luciano Scerbo**

Ayudante de cátedra de Derecho Penal I, Facultad de Derecho de la UNR

**Domicilio:** Corrientes 1838 10° “c”  
**Teléfono:** 0341-4821173  
**E-mail:** luchoscerbo@hotmail.com

### **Reforma Penal: el anteproyecto de Código Penal para la República Argentina**

En el presente trabajo pretendemos expresar nuestra posición sobre el anteproyecto de Código Penal elaborado por iniciativa del Ministerio de Justicia de la Nación y puesto a consideración general durante el corriente año.

En tal sentido nos referiremos al anteproyecto en cuanto a sus lineamientos generales y además formularemos observaciones puntuales sobre algunas de las cuestiones que se tratan en el mismo, haciendo un especial análisis de los siguientes puntos:

- la incorporación expresa de los principios constitucionales (art. 1)
- la judicialidad de la determinación de la pena (art. 7)
- la culpabilidad como fundamento de la pena (art. 8)
- la posibilidad de penar por debajo del mínimo en algunos casos especiales (art. 9)
- los límites a las medidas de orientación y seguridad (art. 28 a 32)
- el destino de las multas (art. 12)
- el límite temporal definitivo a la prescripción (art. 58)
- la eliminación de la reclusión, la reincidencia y las penas perpetuas
- la incorporación de criterios de oportunidad (art. 49)
- la despenalización de la tenencia para consumo
- las modificaciones realizadas sobre los tipos relativos al aborto
- las modificaciones relativas a la suspensión del proceso a prueba (art. 52)

Cabe aclarar que esta presentación es una síntesis de los temas abordados cuyo desarrollo presentaremos en la exposición oral.

La primer crítica general que corresponde hacer a éste proyecto de reforma del C.P., es a la propia integración de la comisión reformadora, que no ha incluido a ninguna penalista mujer. A ello se suma la ausencia de una perspectiva de género en la propuesta de reforma de figuras penales, que requieren necesariamente éste análisis. Si bien nosotros no nos vamos a referir a todos, queremos anticipar nuestra opinión respecto a ésta deficiencia.

Consideramos que resulta necesaria y oportuna una modificación integral del actual Código Penal, razón por la cual saludamos la iniciativa.

Ocurre que el Código Penal vigente ha sido objeto de incontables reformas parciales, muchas de ellas (en especial las más recientes) fruto de situaciones coyunturales, logradas mediante fuertes presiones imposibilitantes y reductoras del racional, serio y sereno debate, de la reflexión necesaria para la modificación de las normas que regulan nada menos, que el ejercicio del poder punitivo del Estado.

Las recientes reformas convulsas y espasmódicas, fruto de siniestras campañas de ley y orden (mano dura), disfrazadas detrás del comprensible dolor de algunas víctimas, han terminado por aniquilar por completo el relativo equilibrio que en otro momento histórico tuviera el código penal.

Las desafortunadas reformas sufridas por el código penal, como era más que previsible, no han servido para disminuir los conflictos, sino que por el contrario sólo han contribuido al deterioro del sistema jurídico y al colapso de los sistemas penitenciarios de prácticamente todo el país.

El desquicio de la materia penal, que vivimos en la actualidad, tiene que ver también con el imprudente dictado de cada vez más “leyes penales especiales”, que han colaborado con el oscurecimiento y complejidad de una materia tan sensible como lo es la penal.

Como han señalado referentes históricos de las organizaciones de lucha por la defensa y promoción de los DDHH: “el dolor no da derechos”; toda la comprensión y solidaridad que podamos expresar para con quienes han padecido pérdidas irreparables en sus vidas, no debe apartarnos de la racionalidad y del respeto irrestricto a los principios constitucionales y de derechos humanos, que imponen la necesidad de construir un derecho penal de acto, y no de autor, que sea realmente de última ratio, que no admita ningún tipo de sanción sin culpa, que respete efectivamente el non bis in idem, que respete el principio de humanidad, que exija para la existencia misma de los delitos la afectación real y relevante de bienes jurídicos, que no se desinterese de las víctimas, que reconozca, repare y compense -en la medida de lo posible- los daños que el propio sistema penal genere.

En consonancia con lo expuesto hasta aquí debemos manifestar nuestro decidido acuerdo y pleno respaldo a las líneas de política criminal que se expresan en mencionado anteproyecto.

El anteproyecto ha pretendido (y en gran parte ha logrado sus objetivos):

el mayor apego posible del código proyectado a los principios constitucionales y del derecho internacional de los derechos humanos que tienen relevancia en la materia;

la sistematicidad o recodificación, reuniendo en un solo cuerpo legal la totalidad de la materia penal, hoy dispersa en numerosas disposiciones;

lograr coherencia, racionalidad, razonabilidad y proporcionalidad en las escalas penales;

actualizar técnico-jurídicamente la regulación de la materia

Un código penal debe respetar estrictamente los principios y garantías emanados de la Constitución Nacional como así también de los Instrumentos Internacionales de Derecho Humanos, y sólo así será válido y aplicable.

El código penal debe limitar el ejercicio del poder punitivo del Estado, de acuerdo con los límites que al respecto surgen de la Constitución como de los Tratados Internacionales, para posibilitar en la mayor medida posible la existencia del estado de derecho.

La sistematicidad y recodificación de la materia resultan absolutamente necesarias. La posibilidad del conocimiento de la ley por parte de los sujetos resulta de enorme trascendencia, y la asistematicidad y dispersión de la materia conspiran gravemente contra esa posibilidad. Esta situación dificulta enormemente, incluso a quienes nos especializamos en las cuestiones penales, la tarea del conocimiento completo de las disposiciones legales que regulan la materia.

Decimos que el conocimiento, o la posibilidad de conocimiento de la ley penal por parte de los sujetos resulta fundamental, pero no porque le reconozcamos a la pena finalidad preventiva (ni ninguna otra), sino porque el conocimiento de la ley (en especial de la ley penal) por parte de los ciudadanos resulta indispensable para la existencia del estado de derecho, y para el ejercicio de las libertades. Se trata de una garantía indispensable para posibilitar la existencia real y efectiva del principio de legalidad.

En cuanto a la coherencia, razonabilidad y proporcionalidad de las sanciones penales, las mismas resultan indispensables para superar el análisis de su validez constitucional. Las penas desmedidas, desproporcionadas, incoherentes e irracionales no resultan válidas y no pueden ser aplicadas, correspondiendo su declaración de inconstitucionalidad. En tal sentido puede señalarse un valioso precedente jurisprudencial, como es la sentencia recaída en la causa “*Acevedo, Emiliano M*”, del 13/05/05, dictada por la Cámara en lo Criminal de 2a Nominación de Río Cuarto, LLC, (diciembre) 1307, en la que se afirma: “*Corresponde declarar de oficio la inconstitucionalidad del art. 166, inc. 2º del Cód. Penal en cuanto prevé la pena de cinco años de prisión o reclusión como mínimo de la escala penal correspondiente al delito de robo con arma, si el acusado se apropió de una escasa cantidad de dinero mediante el uso de un arma blanca pues, el escaso daño causado en el caso concreto y la comparación entre la pena mínima en cuestión y aquellas previstas respecto de*

*delitos que vulneran el mismo bien jurídico, permiten concluir que el mínimo de la escala penal correspondiente al delito de robo con arma viola los principios de proporcionalidad de la pena y de igualdad ante la ley.”*

La actualización técnico-jurídica de la materia, es también una exigencia indispensable para un proyecto de Código Penal.

la incorporación expresa de los principios constitucionales (art. 1);

El anteproyecto, en su artículo 1° dispone en forma expresa que el Código Penal se aplica según los principios de la Constitución y de los Tratados Internacionales, mencionando en especial los principios de legalidad, lesividad, culpabilidad, proporcionalidad y humanidad.

Consideramos que la mención expresa a los principios constitucionales que rigen la materia no es ociosa, sino que resulta de gran importancia. Implica sentar desde el comienzo mismo del Código que el mismo debe ser interpretado y aplicado de conformidad con los principios y garantías constitucionales que rigen la materia.

El artículo en cuestión obliga, desde el texto expreso e inequívoco de la ley, al permanente e indispensable juicio de constitucionalidad de las disposiciones que regulan la materia penal, como así también de la interpretación de tales normas.

La disposición legal en análisis significa que no será posible aplicar una sanción penal si no hay lesión al bien jurídico, ni cuando resulte contrario a razones de humanidad, tampoco se podrá aplicar una pena desproporcionada, ni podrá sancionarse a nadie que no haya obrado en forma culpable, y en tal caso sólo hasta la medida de esa culpabilidad.

la judicialidad de la determinación de la pena (art. 7);

El art. 7 del anteproyecto establece que tanto la **determinación** de la **pena**, como de las **medidas de orientación y seguridad**, como así también la resolución de todas las cuestiones suscitadas durante su **ejecución** y el **control** del cumplimiento de las penas y de las medidas citadas corresponden a la **competencia exclusiva de los jueces**.

De este modo se establece que todo cuanto refiera a la determinación de penas o medidas (de orientación o seguridad) aún en sus etapas de ejecución y/o control compete sólo a los jueces, lo que significa la carencia de competencia y/o facultades sobre la materia de los poderes administrativos.

La disposición en análisis encarga exclusivamente a los jueces no sólo la determinación de penas y medidas, sino también su ejecución y control, responsabilizando así directamente a la autoridad judicial de todas las etapas del ejercicio de la pena.

la culpabilidad como fundamento de la pena (art. 8);

El art. 8 dispone que la determinación de la pena se fundamentará en la culpabilidad del autor.

La disposición en análisis establece que la pena, o mejor, la medida de la pena sólo puede fundarse en la culpabilidad. De tal manera se rechaza cualquier posibilidad de pena que exceda la culpabilidad.

Destacamos que la disposición a la que venimos refiriendo debe ser interpretada en correlación con lo establecido en el art. 1 del anteproyecto, que refiere expresamente al principio de culpabilidad, como así también a lo que se establece en el art. 9 que permite al juez fallar por debajo de los mínimos o incluso eximir de pena en algunos casos. Ello quiere decir que la culpabilidad opera como límite máximo infranqueable y único fundamento válido de la pena; que más allá de la culpabilidad del autor la pena carece de fundamento y por ende deviene ilícita, pero a la vez que la existencia de culpabilidad no obliga a punir en esa medida, sino que resulta posible y corresponde ponderar otras circunstancias que posibilitan la disminución o incluso la ausencia de pena.

En consonancia con ello el proyecto ha eliminado la mayoría de las figuras “calificadas por el resultado”, juzgando acertadamente que las situaciones previstas por tales tipicidades encuentran una aceptable solución mediante la aplicación de las reglas del concurso.

Sin perjuicio de lo expuesto consideramos que la referencia que el art. 8 hace a las circunstancias que “además” deben ser tenidas especialmente en cuenta, no resulta lo suficientemente clara.

La mencionada falta de claridad posibilita peligrosas interpretaciones que impliquen:

- a) una doble valoración de idénticas circunstancias,
- b) que las circunstancias mencionadas en los incisos del artículo 8 autorizan y conducen a apartarse de los mínimos de las escalas penales, superándolos;
- c) que las circunstancias mencionadas en los incisos del artículo 8 autorizan y conducen a apartarse de los máximos que correspondan de acuerdo con la culpabilidad, superándolos

La objeción referida a la doble valoración de idénticas circunstancias podría ser superada parcialmente mediante una expresa mención de que cuando las circunstancias referidas en sus incisos estuvieren consideradas en los tipos penales, las mismas no deben ser tenidas nuevamente en cuenta.

la posibilidad de penar por debajo del mínimo en algunos casos especiales (art. 9);

La disposición contenida en el art. 9 del anteproyecto faculta al juez a fijar la pena por debajo de los mínimos legales o incluso a eximir de pena cuando el peligro o daño causados hayan sido de escasa significación o cuando las consecuencias del hecho hayan afectado gravemente al autor o partícipe.

La disposición legal en cuestión da cuenta de dos situaciones diferentes:

En un caso se trata de que dada la escasa significación del daño o peligro causado, el mínimo de la escala penal prevista resulta excesivo. Este caso no refiere estrictamente a una cuestión de culpabilidad, sino que tiene en cuenta que el soporte de la culpabilidad; el injusto concreto cometido -sin ser insignificante- carece de entidad suficiente como para justificar la pena prevista por el mínimo de la escala penal aplicable.

El otro caso tiene en cuenta las consecuencias negativas que el hecho ha causado a su propio autor (o partícipe). Se trata de que dichas consecuencias negativas resultan un mal para el autor que resulta suficiente pena, y compensa en todo o en parte la sanción penal que pudiera corresponder de acuerdo con el mínimo de la escala penal, que en el caso resulta entonces excesivo.

En ambos casos se trata del respeto a los principios constitucionales de mínima irracionalidad y de humanidad.

los límites a las medidas de orientación y seguridad (art. 28 a 32);

El anteproyecto regula las medidas de orientación y seguridad estableciendo límites y controles para las mismas. Las garantías formales y materiales que el derecho penal exige para la aplicación de pena, se extienden también a la aplicación y mantenimiento de las medidas de orientación y seguridad (internación en un establecimiento psiquiátrico e internación en un establecimiento de deshabitación).

Respecto a la internación psiquiátrica establece la posibilidad de que la misma sea ordenada por la autoridad judicial penal, estableciendo clarísimos límites a la misma:

Así, se dispone:

- 1.- que resulta indispensable para disponer la internación psiquiátrica de una persona la acreditación previa de la comisión de un delito por parte de esa persona;
- 2.- que la internación sólo podrá ordenarse si como consecuencia del estado mental de la persona fuere de esperar la comisión de nuevos hechos ilícitos de relevancia;
- 3.- que en ningún caso la internación podrá exceder el tiempo de la pena privativa de la libertad que hubiere correspondido aplicar al caso si el sujeto hubiere sido considerado responsable, obligando así a fijar en la sentencia ese máximo aún en los casos en que se declare la inimputabilidad de su autor.
- 5.- que la medida debe cesar en cualquier momento, en tanto se comprobare la desaparición de las condiciones que motivaron la internación;

Asimismo se dispone que en los casos en que la persona pudiese requerir atención psiquiátrica o internación, y el tribunal penal carezca de facultades para disponerla (como ocurriría si no se hubiera acreditado el delito) o deba hacerla cesar (como ocurriría al vencer el máximo de pena que hubiere correspondido fijar si se hubiese declarado al autor responsable del hecho), corresponde dar intervención al juez civil

competente, quién deberá encargarse de resolver la situación conforme las disposiciones civiles que regulan la materia.

De modo similar se establece la posibilidad de ordenar la internación en establecimientos de deshabitación en casos de adicción, aclarando que la medida no se debe disponer cuando la cura de deshabitación apareciera como inútil desde el principio.

Por su parte el art. 32 del anteproyecto establece que durante la ejecución de la sentencia (y mediante procedimiento contradictorio en el que se escuchará a la persona en forma directa e indelegable) corresponde:

- 1.- decretar el cese de cualquier medida (de orientación o seguridad) cuando desaparezca la probabilidad de comisión de hechos ilícitos relevantes;
- 2.- sustituir la medida por otra que se estime más adecuada (la que en caso de evolución desfavorable debe ser dejada sin efecto);
- 3.- dejar en suspenso la ejecución de la medida en atención al resultado ya obtenido bajo la condición de que la persona no delinca nuevamente durante el plazo fijado;
- 4.- reemplazar la internación por el sometimiento a control de un establecimiento especializado con posibilidades de salidas periódicas o tratamientos ambulatorios.

El mismo artículo dispone que el tribunal tiene la obligación de analizar al menos una vez por año el mantenimiento, cese suspensión o sustitución de la medida de seguridad.

Consideramos que en este sentido el anteproyecto de Código Penal avanza y mejora sensiblemente la regulación actual de la cuestión, limitando las facultades judiciales (en particular disponiendo límites para las medidas que pudieren determinarse por parte de la autoridad judicial penal), y aumentando las obligaciones de control y las responsabilidades judiciales sobre la materia.

el destino de las multas (art. 12);

El artículo 12 del anteproyecto, dispone que la pena de multa consistente en el pago de una suma de dinero al Estado, se destinará a un fondo especial para solventar la asistencia social a las víctimas de los delitos y a las familias de los condenados.

Entendemos que el destino que se dispone para las multas resulta un gran acierto.

En cuanto a la asistencia social para las víctimas de los delitos la misma resulta claramente conveniente y necesaria.

Es obligación del Estado brindar asistencia y contención a las víctimas de delitos, y disponer ese destino para los recursos que provienen de las multas penales que se resulta un claro acierto.

En cuanto a la asistencia social para las familias de los condenados, resulta igualmente acertado el criterio ya que implica el reconocimiento -e intento de reparación parcial- por parte del Estado de las gravísimas consecuencias que sobre las familias de los condenados produce el ejercicio del poder punitivo del estado.

Entendemos en definitiva que el destino previsto para las multas por parte del art. 12 del anteproyecto concuerda y se encuentra en consonancia con la Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder, adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas en su resolución 40/34, de 29 de noviembre de 1985, en especial en lo que se estipula en sus párrafos 14 a 21 que refieren a la asistencia a las víctimas y a las víctimas de abuso de poder.

#### *Asistencia*

“14. Las víctimas recibirán la **asistencia material, médica, psicológica y social que sea necesaria, por conducto de los medios gubernamentales**, voluntarios, comunitarios y autóctonos.

“15. Se informará a las víctimas de la disponibilidad de **servicios sanitarios y sociales y demás asistencia pertinente, y se facilitará su acceso a ellos**.

“16. Se proporcionará al personal de policía, de justicia, de salud, de **servicios sociales y demás personal interesado capacitación** que lo haga receptivo a las necesidades de las víctimas y directrices que garanticen una ayuda apropiada y rápida.

“17. Al proporcionar servicios y asistencia a las víctimas, se prestará atención a las que tengan necesidades especiales por la índole de los daños sufridos o debido a factores como los mencionados en el párrafo 3 supra.”

#### *B.-Las víctimas del abuso de poder*

“18. Se entenderá por "víctimas" las **personas que, individual o colectivamente, hayan sufrido daños, inclusive lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de sus derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que no lleguen a constituir violaciones del derecho penal nacional, pero violen normas internacionalmente reconocidas relativas a los derechos humanos**.

“19. Los Estados considerarán la posibilidad de incorporar a la legislación nacional normas que proscriban los abusos de poder y proporcionen remedios a las víctimas de esos abusos. En particular, esos remedios incluirán el resarcimiento y la indemnización, así como la **asistencia y el apoyo materiales, médicos, psicológicos y sociales necesarios**.

“20. Los Estados considerarán la posibilidad de negociar tratados internacionales multilaterales relativos a las víctimas, definidas en el párrafo 18.

“21. Los Estados revisarán periódicamente la legislación y la práctica vigentes para asegurar su adaptación a las circunstancias cambiantes, promulgarán y aplicarán, en su caso, leyes por las cuales se prohíban los actos que constituyan graves abusos de poder político o económico y se fomenten medidas y mecanismos para prevenir esos actos, y establecerán derechos y recursos adecuados para las víctimas de tales actos, facilitándoles su ejercicio.”

el límite temporal definitivo a la prescripción (art. 58)

El art. 58 del anteproyecto establece un plazo máximo definitivo para la prescripción de la acción, cualesquiera que fueren las interrupciones o suspensiones que se pudieren suscitarse, lo que entendemos que resulta un claro acierto.

Es que una vez transcurrido un considerable lapso de tiempo, la persona que hubiere cometido un delito ya no es la misma persona y además el conflicto que presupone la reacción penal ya no es vivenciado como tal.

Si bien el poder punitivo casi nunca resuelve los conflictos, sino que en el mejor de los casos los suspende, sería el colmo de lo irracional pretender suspender un conflicto que ya está suspendido por el transcurso del tiempo.

la eliminación de la reclusión, la reincidencia y las penas perpetuas

Celebramos la eliminación por parte del anteproyecto de la reclusión, la reincidencia y las penas perpetuas.

Con respecto a la reclusión, en anteproyecto ha eliminado dicha pena, en consonancia con lo señalado por la más calificada doctrina de la materia, como así también por la propia jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que ya había declarado derogada tácitamente la pena de reclusión, a partir de las disposiciones de la ley 24.660.

Con respecto a la eliminación de la reincidencia y multirreincidencia, la misma resulta necesariamente de la decisión de los proyectistas de elaborar un Código Penal que respete cabalmente los principios constitucionales y de derechos humanos que rigen la materia.

Ocurre que los institutos de la reincidencia y la multirreincidencia vulneran flagrantemente numerosos principios y garantías constitucionales de enorme significación: el principio de culpabilidad, el principio de proporcionalidad, el principio de reserva, el principio de legalidad, el principio de derecho penal de acto, el principio de prohibición de persecución penal múltiple (ne bis in idem) y el principio de prohibición de imposición de penas crueles, inhumanas y degradantes.

En relación con la desaparición de las penas perpetuas, entendemos que también resulta de una exigencia constitucional, en tanto las mismas se encuentran implícitamente prohibidas por el bloque constitucional, al igual que cualquier consecuencia estigmatizante de cualquier pena que no tenga término.

la incorporación de criterios de oportunidad (art. 49)

En el artículo 49 el anteproyecto de Código Penal introduce criterios de oportunidad, que permiten a la Fiscalía decidir no accionar penalmente en algunos casos.

Consideramos la introducción de estos criterios de oportunidad un avance y una superación del rígido principio de legalidad que impone actualmente la absolutamente impracticable persecución de todos los delitos.

Consideramos que la regulación legal de los criterios de oportunidad contribuirá en alguna medida a reducir la arbitraria y aberrante selectividad que expresa hoy el sistema punitivo.

También nos parece adecuada la conversión de la acción pública en privada en los casos en que la Fiscalía decida no accionar, y también resulta acertado el asesoramiento que debe brindarse a la víctima en tales casos, siendo razonable el término de 60 días desde la notificación de la conversión de la acción para interponer la querrela.

Habiendo expresado nuestro acuerdo en general con lo establecido por el art. 49 del anteproyecto, debemos señalar algunas críticas al artículo, en particular a lo que establece en su inc. d).

Dice el inciso d):

“d) Cuando exista conciliación entre las partes y el imputado haya reparado los daños y perjuicios causados en los hechos delictivos con contenido patrimonial cometidos sin violencia física o intimidación sobre las personas, o en los delitos culposos, salvo que existan razones de seguridad o interés público.”.

Al respecto señalamos que:

- 1.- la exigencia de reparación de los daños y perjuicios causados se presenta como un claro exceso, puesto que si entre las partes y el imputado ha habido “conciliación” (que puede haber implicado o no una reparación de los daños), es una intromisión injustificable solicitar que el imputado haya reparado los daños y perjuicios; y
- 2.- la posibilidad de conciliación se presenta muy limitativa, sólo para algunos casos; consideramos que la posibilidad conciliatoria debiera ser más amplia en cuanto a los delitos que la posibilitaren.

Asimismo corresponde señalar que el art 49 del anteproyecto dice que: “En los supuestos de los incisos a) y b) es necesario que el imputado haya reparado los daños y perjuicios ocasionados, en la medida de lo posible.”

Destacamos que es posible que en los casos previstos por los incs. a y b, la víctima no aceptare la reparación ofrecida, o se negare a recibirla; consideramos que debiera utilizarse la misma fórmula de la suspensión del juicio a prueba, “haya reparado u ofrecido reparar en la medida de lo posible”.

la despenalización de la tenencia de estupefacientes para consumo personal

El anteproyecto ha resuelto despenalizar la tenencia de estupefacientes para consumo personal, lo que resulta también de la necesidad de adecuación del Código Penal a los principios y garantías constitucionales.

Es que estamos absolutamente convencidos de la inconstitucionalidad de la figura de tenencia para consumo, por la flagrante violación que dicha tipicidad implica del principio de lesividad consagrado en el primer párrafo del art. 19 de la Constitución Nacional. El referido art. constitucional establece límites a la injerencia del poder,

definiendo de ese modo un modelo de estado, un estado en el que no se admite la injerencia estatal respecto a las acciones que no lesionan a nadie.

Esta limitación, está referida a todo ejercicio de poder estatal aunque interesa principalmente al poder punitivo.

Con acierto se ha dicho, que el derecho argentino es personalista, es decir, se presenta como una herramienta al servicio de la persona como ente dotado de conciencia, y por ello, debe respetar y garantizar el espacio de libertad para que ella elija comportarse conforme o contra lo que su conciencia le indica.

En este sentido, sostiene Zaffaroni que “El primer párrafo del art. 19 de la Constitución Nacional consagra el principio del derecho personalista cuya más importante expresión la tiene en el derecho penal, con el llamado principio de lesividad: mientras no hay lesión no hay conflicto; mientras no hay conflicto no hay delito y, por ende, sería absurdo que el poder punitivo pretenda entrometerse. El principio de lesividad se introdujo en la construcción del sistema penal, con el concepto de bien jurídico (mientras no hay lesión a un bien jurídico – sea por lesión propiamente dicha o por peligro cierto, no hay delito)”.

En efecto, el principio de lesividad exige que en todo delito haya un bien jurídico lesionado. Esta exigencia es una limitación al poder punitivo.

De ahí se razona, que el estado argentino no pueda entrometerse en la vida de nadie si no media un conflicto, en función del principio republicano de gobierno (art. 1 de la CN) y del principio de lesividad (art. 19 CN). Se trata, pues, de una barrera infranqueable al poder del estado en general, y al poder punitivo en particular.

Como consecuencia del principio de ofensividad, el estado no puede imponer una moral individual, *por imperio del art. 19 de la CN*, en función del cual, como hemos dicho, *no es admisible la moral como bien jurídico, sino por el contrario, el ámbito de autonomía moral es, sin duda, un bien jurídico protegido constitucional e internacionalmente.*

En el conocido fallo “Basterrica”, se sostuvo éste punto de vista y se declaró la inconstitucionalidad del art. 6 de la Ley 20.771.

Básicamente, en aquél fallo, se hizo hincapié en la necesidad de asegurar efectivamente el derecho a la intimidad consagrado en el art. 19 de la Carta Magna. Así, se sostuvo que cuando la conducta no trasciende el ámbito personal de quién posee estupefacientes y no genera consecuencias a terceras personas, no es susceptible de ser alcanzada por el derecho penal, sin menoscabar un derecho de jerarquía constitucional.

Ahora bien, el acuerdo sobre la necesidad constitucional de afectación al bien jurídico, nos introduce a otra cuestión: el carácter de peligro abstracto que ostenta el delito cuestionado.

En las últimas décadas, con el pretexto de que vivimos en una sociedad de riesgo, se multiplicaron en el mundo los tipos de peligro que adelantan el momento consumativo a etapas muy previas a la lesión. Así, para unos, consisten en tipos de los que el peligro se presume *juris et de jure*, mientras que para otros basta en esos tipos que haya un peligro

de peligro (o riesgo de riesgo). *Ninguno de ambos criterios es constitucionalmente aceptable. En el derecho penal no se admiten presunciones juris et de jure que, por definición, sirven para dar por cierto lo que es falso, o sea, para considerar que hay ofensa cuando no la hay.* En cuanto al peligro de peligro, basta pensar en el caso de tentativa que sería un supuesto de triplicación de peligros o riesgos (riesgo de riesgo de riesgo), o sea, de clara tipicidad sin lesividad”.

Y esto, que no se puede hacer, es justamente lo que hace la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso “Montalvo”, cuando dice en el considerando n° 12° que “(..) como el delito de estupefacientes es una figura de peligro abstracto, contiene íncita su transcendencia a terceros”, agregando que “(..) por ello no debe verificarse la prueba de la transcendencia en cada caso concreto porque se estaría exigiendo un requisito extratípico que haría inoperante la ley para los fines que esta persigue”.

Lo que la Corte ha hecho en la ocasión, fue dotar al delito de peligro abstracto de una presunción de derecho, incompatible con los principios medulares de un sistema penal liberal.

La creación de peligros y por ende, de ofensas artificiales o - al decir de Zaffaroni- falsas ofensas a bienes jurídicos, no solo pretenden presumir ofensas inexistentes, sino que inventan bienes jurídicos. Se inventan, bienes jurídicos cada vez que se menciona la seguridad, la paz general, y en nuestro caso, la salud pública.

Por ello, puede afirmarse que todas estas artimañas autoritarias, por un lado, ocultan una violación al art. 19 de la Constitución Nacional y, por otra, al dejar en un cono de sombra la determinación de la existencia de peligro como requisito típico, violan el principio que exige el máximo de precisión posible respecto de cualquier límite de prohibición – principio de máxima taxatividad legal e interpretativa -.

De todos modos el anteproyecto mantiene las figuras de tenencia, que consideramos resultan sumamente cuestionables, en tanto penalizan actos preparatorios que consideramos no pueden ser considerados acciones o conductas.

Es que la base de construcción de las acciones tiene un límite óptico, se debe partir del ser de la conducta humana, y atraer lo que se considere relevante por afectar bienes jurídicos que merecen protección.

Existe un primer límite a esa selección legislativa y está dado por respetar lo que es una acción en la realidad humana, y la tenencia no lo es.

En síntesis, el legislador no puede crear libremente una acción allí donde no la hay, sino que respetando la realidad óptica, puede seleccionar las acciones que existen y se desarrollan en esa realidad óptica.

Pero además del mencionado límite óntico existen fuentes legales que proporcionan la base de construcción y los límites a la captación de acciones penalmente relevantes. Esta base se encuentra en la constitución nacional, en el hecho del proceso y de la causa a los que refiere el art. 18 de la Constitución Nacional y a las acciones del art. 19 de la Constitución Nacional, como así también en el art. 11° 2° párrafo de la DUDH, art. 5. 1 del PIDCP, art. 9 de la DADH, art. 40 par 2 AP “A” de la Convención sobre los Derechos del Niño, con jerarquía constitucional en virtud del art. 75 inc. 22.

Una figura consistente en una tenencia consiste en una construcción legislativa de un delito sin andamiaje en acción alguna, ya que “tener” no es ni puede ser una acción con relevancia penal.

las modificaciones realizadas sobre los tipos relativos al aborto

En cuanto a la aborto el anteproyecto excluye la punibilidad en varios casos:

- a) cuando el embarazo proviene de una violación,
- b) cuando se trata de evitar un peligro para la vida o salud de la madre; y
- c) dentro de los tres meses desde la concepción, con el consentimiento de la mujer, y siempre que las circunstancias lo hicieren excusable

Entendemos que por ello (por reducir los casos punibles) el anteproyecto representa un avance en la materia, aunque debemos destacar nuestra profunda convicción de que el aborto decidido por la mujer embarazada no debe ser tipificado por la ley penal.

Este es uno de los temas, en los cuáles se evidencia la ausencia de una perspectiva de género, en la elaboración de la reforma del Código Penal Argentino, lo cuál es un grave defecto teniendo en cuenta la importancia de esta mirada para revertir la desvaloración y conflictividad con que la mujer históricamente fue incorporada a la legislación penal.

No hay duda que el tema del aborto está atravesado por la problemática de género y por la variable socioeconómica.

La incidencia del aborto clandestino en la mortalidad materna (es la primer causa de mortalidad materna por causas directas) ha convertido al tema del aborto en una cuestión de salud colectiva, cuyo nudo crítico es la penalización que impide y obstaculiza la atención médica y sanitaria.

Sin perjuicio que de hecho, no existen casi condenas por ese delito (en los Juzgados Penales de Rosario, en los últimos cinco años no se registran condenas) resulta necesaria la despenalización legal para que las mujeres de todos los sectores sociales tengan acceso al aborto legal, seguro y gratuito.

Exigir un derecho penal de última ratio, implica necesariamente que el derecho penal, sólo puede ser el último recurso político ante cualquier problema social que deberá ser abordado por las políticas específicas, en este caso Salud Pública. Con mayor en este

caso en que ha quedado en evidencia que tantos años de penalización han desplazado el aborto hacia la clandestinidad y la sepsia.

La necesidad de preservar el derecho fundamental a la salud de las mujeres sólo es posible en el marco de programas de salud pública que permitan evitar los embarazos no queridos y asegurar el acceso a abortos seguros para todas las mujeres en el ámbito de la salud pública.

Por otra parte, si bien los derechos fundamentales no se dirimen por mayorías, no es un dato menor el hecho de que a pesar de que la temática del aborto involucra opiniones diversas y a pesar del problema religioso y moral que subyace en algunos opositores a la legalización, según algunas mediciones existiría un alto grado de consenso social respecto a la despenalización, lo cual evidencia un grado de madurez social importante.

las modificaciones relativas a la suspensión del proceso a prueba (art. 52)

El anteproyecto modifica las disposiciones relativas a la actual suspensión del juicio a prueba.

Sobre las modificaciones formuladas por el anteproyecto corresponden señalar las siguientes observaciones.

En anteproyecto establece que la suspensión puede solicitarse “por única vez y hasta la citación a juicio”.

Al respecto corresponde señalar que no se advierten motivos por los cuales la suspensión no pueda ser solicitada más de una vez, máxime en los casos en que se hubiere cumplido satisfactoriamente con las condiciones establecidas para la suspensión, y se hubiere dictado en consecuencia al pertinente sobreseimiento.

Consideramos que sería conveniente que transcurrido cierto lapso de tiempo, que podría ser tomado de la escala penal del delito de que se hubiere tratado, se otorgue la posibilidad de acceder nuevamente al beneficio.

Con respecto al límite temporal establecido por la norma para formular el pedido de suspensión del proceso “hasta la citación a juicio”, consideramos que tal limitación podría plantear situaciones de violaciones a los principios y garantías constitucionales, en particular al principio de igualdad y el de racionalidad.

Nótese que podría ocurrir que se diera un cambio de calificación durante el transcurso del debate oral; ese cambio de calificación tornaría posible la petición de la suspensión del juicio, pero el imputado -por un error de calificación de la fiscalía- quedaría privado de poder solicitar la suspensión del proceso, lo que afectaría la igualdad respecto de otro imputado, que pudiere haber obtenido esta misma calificación con anterioridad.

Por lo expuesto entendemos que el único momento posible a los fines de no violar el principio de igualdad es “mientras que la sentencia no se encuentre firme”

El art. 52 también dispone que “del pedido deberá requerirse opinión fundada al representante del Ministerio Público Fiscal, la cual será vinculante si resulta negativa.”

Consideramos que la disposición es de dudosa constitucionalidad, pues podría interpretarse que se estaría otorgando funciones judiciales al ministerio público.

Es que la disposición aludida sólo puede entenderse en forma compatible con la Constitución, interpretando que el dictamen del fiscal es vinculante únicamente cuando solicita la suspensión del juicio, pero no a la inversa.

Es que otorgarle a una parte, la fiscalía, la posibilidad de “resolver” sobre un pedido de la contraparte -el imputado- implica la atribución de facultades judiciales a una de las partes (la fiscalía). En cambio, su expresión de acuerdo con el pedido formulado por el imputado, sí puede considerarse vinculante, puesto que la autoridad judicial no tiene contienda que resolver.

Vitale, haciendo alusión al actual instituto de la suspensión del juicio a prueba, sostiene que la disconformidad del fiscal con la suspensión del juicio a prueba, no puede nunca impedir al juez que disponga tal paralización del curso del proceso, no obstante el texto contrario de la ley penal, ello es así por cuanto el titular de la acción penal, que en la Argentina corresponde al fiscal (art. 120 de la CN), es quien debe habilitar al órgano jurisdiccional para que este último pueda aplicar el derecho al caso concreto, de modo tal que cuando se produce tal habilitación la decisión del caso queda en exclusivas manos del juez, quien sólo estará limitado por la medida de dicha habilitación. Dicho autor, aclara, que la oposición fiscal no puede resultar vinculante para el juez, quien siempre tiene potestades para disponerla, si concurren las condiciones legales de admisibilidad. La pretensión contraria importaría un indebido desplazamiento de la potestad jurisdiccional, pues ello resulta de la aplicación del principio del debido proceso, de conocida raigambre constitucional (art. 18 CN). Finalmente, de manera correcta convoca a esta línea de pensamiento los términos del precedente jurisprudencial “Tarifeño”, doctrina actualmente sostenida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación a partir de “Mostaccio”.