



**fores**

foro de estudios sobre la  
administración de justicia

## **OBSERVACIONES AL PROYECTO DE LEY DE REFORMA Y ACTUALIZACION INTEGRAL DEL CÓDIGO PENAL DE LA NACIÓN**

### **Introducción. Necesidad de la reforma.**

Luego de casi 84 años de la sanción del Código Penal de la Nación que actualmente se encuentra vigente, el Gobierno ha presentado un nuevo modelo de Código Penal redactado por académicos de derecho penal.

A lo largo de ese tiempo, el Código Penal fue objeto de múltiples reformas en su articulado, ochocientas setenta y ocho (878) modificaciones - de las cuales ciento treinta y siete (137) afectaron a su Parte General y setecientos cuarenta y uno (741) a su Parte Especial.

El resultado de esto es la ausencia de coherencia interna dentro del cuerpo normativo, como también la alteración del equilibrio y proporcionalidad que deben existir tanto en los tipos delictivos entre sí, como entre estos y sus respectivas escalas penales.

Frente a un escenario en el cual, el ordenamiento penal aparece como antiguo, diseminado en numerosas leyes especiales y normas no contenidas en el código penal, incoherente e incluso en ocasiones hasta contradictorio es que surge la necesidad de la reforma como medida idónea tendiente a unificar en un solo cuerpo normativo las innumerables disposiciones de carácter penal, como así también actualizar la legislación vigente a las nuevas modalidades delictivas surgidas en los últimos años.

Es por ello que la iniciativa del Ministerio de Seguridad y Derechos Humanos encomendada a la Secretaría de Política Criminal y Penitenciaria resulta positiva, toda vez que intenta sistematizar la totalidad de la legislación penal con criterios uniformes en un único plexo normativo que facilitará la ardua tarea de los operadores judiciales de investigar, perseguir y sancionar eficientemente las conductas delictivas.



**fores**

foro de estudios sobre la  
administración de justicia

El objetivo de la presentación que se adjunta, es realizar un análisis sintético y general del anteproyecto que se somete a consulta pública a fin de realizar algunas observaciones críticas<sup>1</sup>.

Sin embargo, más allá de que en el documento que se adjunta se realicen algunas observaciones críticas, las mismas intentan producir un debate enriquecedor con el deseo de mejorar y superar el actual proyecto tratando entonces de sortear los prejuicios ideológicos y así poder aprovechar la oportunidad de realizar la ansiada reforma del Código Penal de la Nación siendo el deseo de todos los que participamos en el presente documento que el trabajo de la Comisión redactora no quede en la nada sino que sea el punto de partida para lograr un código penal consensuado que refleje los valores de la sociedad en su conjunto.

---

<sup>1</sup>Dispuesta mediante resolución del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos N° 736/06 del 9/05/06.



**fores**

foro de estudios sobre la  
administración de justicia

## Capítulo I:

### Parte General

#### Principios

El artículo 1° del Proyecto establece que: “El presente Código se aplicará de conformidad con los principios que surgen de la Constitución Nacional y de los Tratados o Convenciones Internacionales que gozan de jerarquía constitucional, en especial los de: a) legalidad; b) lesividad; c) culpabilidad; d) proporcionalidad; e) humanidad.

El enunciado especial de principios aparece como superfluo y técnicamente restrictivo a tenor de las reglas de inalterabilidad de las normas constitucionales (art. 28 de la C. N.: “Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio”) y de supremacía de la Constitución (art. 31 de la C. N.: “Esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son ley suprema de la Nación”).

Se estima que bastaba con suficiencia en remitirse a “los principios que surgen de la Constitución Nacional y de los Tratados y (no “o”) Convenciones Internacionales que gozan de jerarquía constitucional” y, puntualizar la importancia de algunos en particular (legalidad, humanidad, etc.). Ahora bien, se puede dirigir la crítica hacia la legalidad, pues así postulada en el proyecto no cuaja con la costumbre internacional (derecho no escrito pero susceptible de interpretarse), que la Corte Suprema Argentina indirectamente aplicó en “Simón” y “Arancibia Clavel”.



**fores**

foro de estudios sobre la  
administración de justicia

### **Ley penal más benigna**

En el art. 3 in fine del proyecto se expresa que para la determinación de la ley penal más benigna se escuchará al imputado.

El recaudo descrito –de obediencia inexcusable, según resulta de su consigna–, unido a la supresión del principio que contempla el actual art. 2 (“En todos los casos del presente artículo, los efectos de la nueva ley se operarán de pleno derecho”), implica condicionar la inmediata operatividad de la ley penal más benigna a la previa audiencia del imputado o condenado, extremo que enrolará trámites ociosos en numerosos procesos.

A modo de ejemplo, si una nueva ley derogase la vigencia de un delito por el que se había promovido denuncia, los magistrados se hallarían inhibidos para resolver automáticamente y favorecer la conclusión del caso, pues deberían oír con antelación al imputado (acaso rebelde)

Por todo lo expuesto, se colige la conveniencia de cambiar la redacción actual, de tal modo que se documente que se escuchará al imputado de ser posible, ó en caso de que pueda ser hallado.

### **Disposiciones generales y leyes especiales**

El artículo 4° sostiene que “Las disposiciones generales de este Código se aplicarán a todos los delitos previstos por leyes especiales”.

El precepto vigente contenido en el art. 4 reúne idéntica redacción, pero además advierte, en su párrafo final, que aquellas disposiciones generales han de ser acogidas en la aplicación de los delitos acuñados por las leyes especiales, “en cuanto éstas no dispusieran lo contrario”. El anteproyecto elimina análogo axioma.



**fores**

foro de estudios sobre la  
administración de justicia

Teniendo en cuenta el principio de especialidad se estima más adecuado mantener la última parte del artículo igual que la que se encuentra en vigencia.

Por otra, parece conveniente mantener la última parte del artículo mencionado en el párrafo anterior, puesto que en un futuro podrían agregarse leyes penales especiales por fuera del sistema del Código.

### **Penas y medidas de orientación y seguridad**

El proyecto de reforma, en su art. 5, dispone como principales las penas de prisión, multa e inhabilitación. De esta manera, se elimina la pena de reclusión, y se adecua la norma legal a la realidad jurisprudencial con fundamentos en basta doctrina.

### **Intervención judicial**

En su art. 7, el anteproyecto regula la intervención judicial en la determinación, ejecución y control de las penas y medidas, prescribiendo que debe ser competencia exclusiva de los jueces (Conf. Principio de judicialidad). En los fundamentos del Proyecto se sostiene que así se apunta a fortalecer la intervención y, consecuentemente, la responsabilidad judicial<sup>2</sup>.

La presente modificación se estima como un avance positivo en materia de ejecución penal, a fin de lograr una mayor protección de las personas alcanzadas por el sistema y de evitar que se reiteren situaciones o hechos como los que suceden en las unidades penitenciarias de detención y que son de público conocimiento.

---

<sup>2</sup> Fundamentos del Anteproyecto de reforma y actualización integral del Código Penal, Pág. 12.



**fores**

foro de estudios sobre la  
administración de justicia

Sin perjuicio de esto, se estima más conveniente la realización previa de un amplio estudio acerca del impacto que produciría la implementación del principio arriba descripto.

### **Fundamentos para la determinación de la pena**

El art. 8 del anteproyecto expone que el fundamento ponderado para determinar la pena residirá en la culpabilidad del autor o partícipe, y que también “se tendrá especialmente en cuenta: La naturaleza y gravedad del hecho, así como la magnitud del peligro o daño causados”.

El actual art. 41, inc. 1, refiere el daño y el peligro causados, fórmula asociativa que postulamos conservar habida cuenta del provecho de que ambos factores merezcan ser valorados de manera concurrente – en ciertas hipótesis –, a los efectos de individualizar la pena.

Además, la cláusula hasta ahora vigente pondera “los medios empleados” para ejecutar la acción, elemento que con certeza gravita en la labor de delimitar el reproche punitivo si éste se concibe independiente de las nociones inherentes a la naturaleza y gravedad del hecho.

Tampoco el art. 8 del anteproyecto valoriza “las reincidencias en que hubiera incurrido” el destinatario de la pena, como positivamente lo hace el art. 41, inc. 2, vigente (principio de reincidencia genérica y real); ni evalúa “su actitud posterior al delito”, del modo plausible en que lo hace el ordenamiento vigente en su art. 26.

Por último, tampoco se tiene en cuenta a los fines comentados la “mayor o menor peligrosidad” del imputado, pese a que constituye un idóneo baremo para medir la pena, apuntalado por autorizada doctrina (Ramos, Nuñez, Creus)



**fores**

foro de estudios sobre la  
administración de justicia

### **Exención o reducción de la pena**

En el art. 9 se otorga al juez la facultad de determinar la pena por debajo de los mínimos previstos e inclusive eximir de pena, cuando el peligro o daño causados sea de escasa significación.

Esta facultad, que se pone en cabeza del juzgador, creemos que es excesiva, y que tal como está redactada podría entrañar supuestos de arbitrariedad. Sería preferible contornear una mínima casuística, para fijar un piso inicial y soslayar la diseminación de disímiles criterios jurisprudenciales.

En la misma línea, en el segundo párrafo se sostiene que se podrá eximir de pena, o reducirla, cuando las consecuencias del hecho hayan afectado gravemente al autor o partícipe.

La inclusión del instituto mencionado se presente como inconveniente ya que cuando menos, presenta dos inconvenientes. En primer lugar, la vaguedad de los términos empleados podría alcanzar a numerosos y diversos supuestos. En segundo término, se comprenderían graves situaciones como, por ejemplo, la de quien perpetra un robo con armas, junto a su hermano, y en el hecho mata al damnificado, pero además presencia el fallecimiento de su cómplice a causa de la reacción defensiva actuada por terceros o por algún miembro de las fuerzas de seguridad en favor de la víctima; o también la del individuo que pierde el sentido de la vista a raíz de haber emprendido un atentado con explosivos. Éstas son sólo algunas situaciones que probablemente se verían favorecidas por lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo observado.

Por otra parte, la tesis que así se erige contraviene arbitrariamente las bases ético-jurídicas de la pena.



**fores**

foro de estudios sobre la  
administración de justicia

### **Compensación automática**

El art. 10 del anteproyecto instruye que “la detención o prisión preventiva sufrida por una persona que resulte absuelta o sobreseída le dará derecho a ser compensada por el Estado. El importe de la compensación será fijado por el tribunal superior de aquel que hubiera ordenado la medida, con intervención del ministerio público. Quien pretenda un importe superior deberá reclamarlo ante los tribunales competentes por la vía que corresponda”.

El canon excita objeciones. Es atendible que el Estado compense a la persona, luego absuelta o sobreseída, que ilegal o arbitrariamente hubiera sido sometida a detención o prisión preventiva, pero no a la que padezca aquellas medidas cautelares frente a situaciones que guarden arreglo a las previsiones de la ley, administradas en forma reverencial de los principios constitucionales.

Así, debe sobreseerse al imputado que ha muerto (art. 53, inc. a, del anteproyecto), y aquella fórmula parece brindar título a sus herederos para demandar la compensación económica del Estado. También la amnistía y la prescripción de la acción penal inducen el sobreseimiento, sin que ninguno de estos presupuestos reflejen per se la arbitrariedad ni la ilegalidad de la detención o prisión preventiva oportunamente dispuestas respecto del encausado; desenlace parecido al que inspira el sobreseimiento y la absolución discernidos por la máxima de la duda. Ideas afines socorren la receta que aloja el art. 9, inc. 5, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en tanto estipula que “Toda persona que haya sido ilegalmente detenida o presa, tendrá el derecho efectivo a obtener reparación”.

Los argumentos invocados nos conducen a sostener que el derecho a una compensación no debe ser un “cheque en blanco” de automático





**fores**

foro de estudios sobre la  
administración de justicia

requerimiento en casos de detenciones o prisiones preventivas seguidas de absoluciones o sobreseimientos, puesto que cercenaría la labor de los jueces, quienes potencialmente estarían incurriendo en prevaricato. En su defecto, tal derecho debiera estar ceñido solamente a hipótesis de detenciones o prisiones preventivas arbitrarias.

### **De la Pena de Prisión**

En el art. 11 se dispone que la pena de prisión tendrá una duración máxima de 25 años, salvo para los delitos de genocidio y desaparición forzada de personas, conforme se define en los tratados y convenciones internacionales de derechos humanos, y homicidio calificado, que se extenderá hasta el límite de 30 años. Inexplicablemente quedan al margen de la agravante los delitos de lesa humanidad.

### **Derogación de la Reincidencia**

Cabe considerar total y absolutamente inadecuado e inoportuno, mucho más en este momento de inseguridad ciudadana en aumento, la derogación del régimen de la reincidencia existente prácticamente en casi todas las legislaciones de varios los países (México, España, Chile, Finlandia, Puerto Rico, etc)

No existen, por lo demás, razones válidas para tal derogación, máxime si se tiene en cuenta que la aplicación de dicho régimen, no constituye en definitiva una nueva penalidad, sino que, por el contrario, la concesión de la libertad condicional a los no reincidentes resulta en sí solamente un beneficio, condicionado precisamente a que el condenado por un delito no registre condena anterior cumplida aunque sea parcialmente.



**fores**

foro de estudios sobre la  
administración de justicia

Distinto es, hay que advertirlo, el supuesto ya derogado que se hallaba establecido en redacciones anteriores del Código Penal, en que se aumentaban las escalas penales de los delitos en particular cuando se trataba de imputados que eran reincidentes.

En la negativa a conceder la libertad condicional a los reincidentes, no se da ningún doble peligro de sufrir un nuevo improcedente juzgamiento por un hecho anterior. No ocurre, en definitiva, ningún peligro de que se le imponga una nueva pena por un delito ya juzgado y sancionado anteriormente<sup>3</sup>.

Por otra parte, si bien el principio que debe primar como regla general – acorde con el mandato constitucional - es el de libertad del imputado durante el proceso; el instituto de la reincidencia aparece como un medio legal idoneo para el juez a la hora de fundar la denegatoria de la excarcelación.

Por último, cabe remarcar que la reincidencia por sí misma no es inconstitucional, ni es un supuesto de *bis in idem*, simplemente se le priva de un beneficio, como de la libertad condicional, al reincidente.

### **Penas alternativas a la prisión de la libertad**

Si bien estamos de acuerdo con el postulado principal de que todas las penas deben efectivamente cumplirse<sup>4</sup>; estimamos conveniente realizar un amplio estudio y análisis acerca de la implementación de las mismas a la vez que se debe acompañar al proyecto en estudio, la reglamentación de dichos institutos a efectos de tornar efectivo el cumplimiento de las

---

<sup>3</sup> Conf. Tristan García Torres, "Algunas consideraciones sobre la declarada inconstitucionalidad del artículo 14 del Código Penal", en Doctrina Judicial de LA LEY del 9 de abril de 1986.

<sup>4</sup> Fundamentos del Anteproyecto de reforma y actualización integral del Código Penal, Pág. 3



**fores**

foro de estudios sobre la  
administración de justicia

penas alternativas a la prisión ya que en el caso contrario quedaría totalmente desnaturalizado el postulado principal.

Cabe destacar, que la realidad demuestra que los órganos estatales encargados de la vigilancia y seguimiento de la ejecución de institutos similares a los que aquí se pretende incorporar son altamente ineficaces e ineficientes por lo que el cumplimiento las instrucciones y/o reglas judiciales o el cumplimiento de trabajos para la comunidad finalmente no se cumple o queda librado a la voluntad del condenado desnaturalizándose por completo dichos institutos.

### **Del reemplazo de la pena de prisión que no exceda de tres años**

El art. 26 del anteproyecto prevé que “El juez podrá reemplazar la pena de prisión impuesta que no exceda de TRES (3) años por igual tiempo de detención de fin de semana, trabajos para la comunidad, limitación o prohibición de residencia, sometimiento a instrucciones o multa reparatoria no superior a CIENTO OCHENTA (180) días. Los sustitutos serán aplicados de conformidad a lo previsto en el artículo 8° de este Código Penal, separada o conjuntamente y pueden ser modificados durante la ejecución. El reemplazo podrá ser cancelado y se cumplirá la prisión si el penado cometiese un nuevo delito sobre el que haya recaído sentencia condenatoria firme o desobedeciese las penas sustitutivas; no obstante, podrá disponerse un nuevo reemplazo si la evolución posterior del penado fuera favorable y revelase predisposición para el acatamiento de los sustitutos.

De la misma manera en que se observó en el apartado anterior; si bien el fin del instituto en estudio parece loable, entendemos que nuevamente nos encontramos frente a dificultades prácticas en su implementación y efectivo cumplimiento ya que, la experiencia cotidiana convence de las



**fores**

foro de estudios sobre la  
administración de justicia

deficiencias que acreditan las instituciones oficiales encargadas de tales regímenes supletorios.

Si bien el anteproyecto contempla la facultad del juez de acordar esas penas sustitutas, no menos exacto se revela que, en la práctica, semejante arbitrio puede traducirse en regla - como lo es en la actualidad que en casi todos los casos en que se dictan condenas de penas de prisión inferiores a los 3 años, su ejecución es dejada en suspenso - con el agravante de que la comisión de un nuevo delito y hasta la desobediencia opuesta a las instrucciones sucedáneas no priva definitiva e irreversiblemente al condenado para el futuro del otorgamiento de penas de reemplazo.

Los principios que así inscribe el art. 26 relativizan la función ético-jurídica de la pena.

Es menester entonces, que la comisión de un nuevo delito y el incumplimiento de las instrucciones sustitutas importen la irremisible cancelación del beneficio; y que, en paridad con el art. 17, último párrafo, del anteproyecto (ver, además, art. 27, in fine), pero para todo supuesto (allí se limita a los casos de “Genocidio, desaparición forzada de personas y otros delitos de lesa humanidad”), antes de decidir la sustitución el juez requiera “opinión fundada a la parte querellante y al representante del Ministerio Público Fiscal”, reputando que “El dictamen negativo del fiscal será vinculante”.

### **Pena de prisión que excede de tres años.**

La pena de prisión que exceda de tres años y que no supere los diez años se cumplirá, como mínimo – conforme al art. 27 del anteproyecto – hasta la mitad de su duración. “La pena de prisión mayor de 10 años se cumplirá, como mínimo, hasta los dos tercios de su duración.



**fores**

foro de estudios sobre la  
administración de justicia

Transcurridos esos plazos el juez podrá disponer para el resto de la penalidad el reemplazo de la pena de prisión conforme al régimen del artículo 26, a excepción de la detención de fin de semana y la multa reparatoria. La decisión sobre el reemplazo está supeditada al acatamiento regular de los reglamentos carcelarios. La cancelación del reemplazo se rige por el artículo 26, segundo párrafo. En los delitos previstos en el Título I, Capítulo I, del Libro Segundo de este Código, deberá requerirse opinión fundada a la parte querellante y al representante del Ministerio Público Fiscal. El dictamen negativo del fiscal será vinculante”.

No se comparten los motivos de política criminal que habrían tenido injerencia en conceder la prematura libertad del condenado a pena de prisión mayor de tres años y que no supere los diez, una vez transcurrida la mitad, como así tampoco el precepto escogido por ese andarivel.

En sus términos - y teniendo en cuenta la baja generalizada de penas que propone el proyecto en estudio- podemos mencionar a modo de ejemplo, que puede recuperar la soltura a los 4 años el homicida y el funcionario público torturador; tanto como a los 2 años, el violador.

Si se insistiera, no obstante, en el inconveniente criterio del anteproyecto, corresponde exigir que el “reemplazo” no milite supeditado al acatamiento “regular” de los reglamentos carcelarios, sino a su “excelente” o “ejemplar” observancia; y que en todos los casos, no sólo en los procesos de “Genocidio, desaparición forzada de personas y otros delitos contra la humanidad” (Libro Segundo, Título I, Capítulo I), se requiera la “opinión fundada a la parte querellante y al representante del Ministerio Público Fiscal”, asignando carácter vinculante a “El dictamen negativo del fiscal”.



**fores**

foro de estudios sobre la  
administración de justicia

### **Internación en un establecimiento de deshabitación**

El art. 29 del anteproyecto reza que “Cuando una persona, con adicción al consumo de bebidas alcohólicas u otros productos estimulantes, drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, fuera condenada por un hecho cometido bajo sus efectos, el tribunal, previo dictamen de peritos, ordenará su internación en un establecimiento de deshabitación, si como consecuencia de su estado, fuese de esperar la comisión de relevantes hechos ilícitos... La medida no tendrá lugar cuando la cura de deshabitación apareciera como inútil desde el principio”.

La redacción final del primer párrafo del articulado bajo examen es sumamente confusa, pues se desconoce si apunta al caso de aquel condenado que cumple la sentencia en libertad, si alude al condenado que efectivamente cumple la pena en cárcel, o si se refiere a ambas situaciones. Pero más importante aún es la idea que se desprende de la norma, esto es, que habría condenados irrecuperables; reflexión ésta que estimamos embarazosa de avalar científicamente.

### **Cese y sustitución de la medida de orientación y seguridad**

Durante la ejecución de la sentencia, según el art. 32 del anteproyecto, el tribunal podrá, mediante un procedimiento contradictorio, decretar el cese o sustituir las medidas de orientación y seguridad impuestas. “A tales efectos el tribunal estará obligado a analizar, por lo menos una vez al año, el mantenimiento, cese, suspensión o sustitución de la medida de seguridad”.

La exigencia mínima de revisión anual testimonia un escaso nivel de supervisión, de donde luce razonable que ella acaezca, como mínimo, cada seis meses.



**fores**

foro de estudios sobre la  
administración de justicia

## **Imputabilidad**

El art. 34 prevé los casos en que los delitos no son punibles, estableciéndose seis nuevos tipos de inimputabilidad, de una notable imprecisión por su carácter eminentemente subjetivo, tales como: obrar “en ignorancia o error invencible sobre algún elemento constitutivo del hecho penal”, “error invencible”: “sobre los presupuestos de una causa de justificación”, o “que le impida comprender la criminalidad del hecho”, o “sobre las circunstancias que... lo hubieren exculpado”; o quien excede “los límites de la legítima defensa o del estado de necesidad justificante por miedo insuperable”. Como consecuencia de esto, muchos delincuentes serán declarados inimputables, técnicamente bien asesorados por sus abogados, para simular alguna de estas circunstancias.”<sup>5</sup>

## **Inimputabilidad de los menores de 18 años (art. 34, inc. LL del Proyecto)**

Parece inconveniente la elevación de la edad de la inimputabilidad de los menores que se consagra en el anteproyecto.

En este aspecto, entre los fundamentos del anteproyecto de reforma, se desprende que: “se ha fijado la edad de 18 años como límite máximo para establecer la responsabilidad penal plena, en un todo compatible con el régimen establecido en la Convención sobre los Derechos del Niño, que establece que se considera niño a todo menor de 18 años de edad. Ello sin perjuicio de derivar el tratamiento específico del tema de los menores

---

<sup>5</sup> *Scala, Jorge* “El proyecto de sustitución del Código Penal Argentino”, ED, 11/07/2006, nro 11.548).



**fores**

foro de estudios sobre la  
administración de justicia

infractores de la ley penal a la sanción de una ley especial sobre la materia”.

Pero nada dicen los fundamentos del proyecto de su límite mínimo. El art. 34 del anteproyecto expresa finalmente: “No es punible:... II) el menor de 18 años.” Debemos entender por tanto que se eleva la edad de inimputabilidad.

En el sentido presindicado, debemos aclarar que bajar la edad no significaría ir en contra de la Convención sobre los Derechos del Niño, ya que ésta justamente en su art. 1 reza: “...se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”.

Para brindarle mayor claridad al punto en cuestión traemos a colación lo afirmado por la Cámara Nacional de Casación Penal recientemente: “Por último, cabe recordar que el artículo 4 de la ley 22.278 establece los requisitos a los que quedará supeditada la imposición de pena respecto del menor de entre 16 y 18 años de edad que hubiere incurrido en delito: la declaración previa de su responsabilidad penal, y en su caso civil, conforme a las normas procesales; que haya cumplido 18 años; y que haya sido sometido a un período de tratamiento tutelar no inferior a un año, prorrogable en caso necesario hasta la mayoría de edad. Y, finalmente, faculta al juez a aplicarle una sanción, aún reducida en la forma prevista para la tentativa, con la condición de que ésta deviniere necesaria según "las modalidades del hecho, los antecedentes del menor, el resultado del tratamiento tutelar y la impresión directa recogida por el juez". De lo contrario podrá absolverlo.

De manera que, si es requisito previo para la imposición de una pena al menor su sometimiento a observación y tratamiento, es en este marco que los jueces pueden ponderar el tiempo de internación, y los resultados





**fores**

foro de estudios sobre la  
administración de justicia

del tratamiento, para decidir acerca de la necesidad de imposición de una pena, como parámetro sustancial, y en ese caso, su monto. Siempre atendiendo a la "importancia de promover la reintegración social del niño y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad" (artículo 40, inciso 1° , de la Convención de los Derechos del Niño).

Queda evidenciada entonces la naturaleza y finalidad tutelar que tienen las internaciones que pueden disponer los jueces respecto de un menor entre 16 y 18 años de edad imputados de haber cometido un delito, en el marco del respectivo proceso, y a la luz de las específicas disposiciones al comienzo citadas; y esta diferencia, respecto de los objetivos netamente cautelares que persigue la prisión preventiva y las demás privaciones de libertad contempladas en el código de rito con ese mismo fin, es sustancial, lo que impide su equiparación a los efectos de la aplicación de lo previsto por el artículo 24 del Código Penal".<sup>6</sup>

Por lo tanto, en la actualidad ninguna persona menor de 18 años de edad recibe una condena por hechos cometidos durante este periodo, sino luego de adquirida la edad y cumplidos ciertos supuestos establecidos por la ley 22.278 e, incluso en algunos casos, este fallo se dilata hasta que la persona cumple los 21 años, por lo cual en ningún momento se está incumpliendo con lo impuesto por la Convención de los Derechos del Niño.

El tema merece un debate muy amplio. Y muy brevemente expuestas las razones de la inconveniencia apuntada, debe tenerse presente en tal sentido la mayor madurez que se advierte notoriamente en los menores, ya sea en cuanto a sus características físicas, como también psíquicas y sociales; así como el aumento de la utilización de menores adultos, por los mayores que planifiquen actividades delictivas, que traerá aparejada la

---

<sup>6</sup> Cámara Nacional de Casación Penal en pleno, 29/06/2006, "C. F., M. R", LL 07/07/2006, 5 - DJ 12/07/2006, 790.



**fores**

foro de estudios sobre la  
administración de justicia

reforma aquí criticada; y por fin, la falta de sustento razonable del aumento de la edad de imputabilidad penal que se propone en el anteproyecto.

Finalmente estimamos mas adecuado que se continúe con el régimen vigente en la actualidad hasta tanto se realice una revisión integral de las normas relativas al proceso de menores que postule, mediante una legislación especial, los procedimientos e instituciones de tratamiento e internación de menores.

Por todo lo expuesto precedentemente, es que entendemos que es imperiosa e impostergable una reforma a la legislación nacional, de fondo y de forma, relativa a los menores, adecuada a los estándares internacionales; y no simplemente postular la inimputabilidad de estos hasta los 18 años de edad.

### **Tentativa**

En los artículos 36 y 37 se legislan la tentativa y el desestimiento voluntario manteniendo la misma redacción que el código vigente continuando así con la tradición respecto de los institutos comentados.

Sin embargo, en el nuevo artículo 38 se prevé que la pena que correspondería al agente si hubiese consumado el delito, se reducirá a la mitad del mínimo y del máximo.

No se entienden ni se explican cuáles son los motivos que fundamentan la razón de atenuar aún mas la penalidad prevista para este tipo de casos.

De la misma manera, para el delito imposible se prevé que la pena podrá reducirse al mínimo legal e incluso hasta eximirse de ella, teniendo en cuenta el peligro corrido por el bien jurídico tutelado.



**fores**

foro de estudios sobre la  
administración de justicia

El precepto descrito en el párrafo anterior, se aplicaría casi en forma automática a todos los supuestos, ya que en el delito imposible, el bien jurídico no corre peligro alguno, dada la falta de idoneidad de los medios por los cuales se pretende lesionarlo.

### **Autoría y participación**

En cuanto al actuar en lugar del otro, art. 43, destacamos la extensa regulación del administrador de hecho, en salvaguarda del principio de legalidad. Aunque conviene destacar que el administrador de hecho ya estaba receptado en la jurisprudencia de la Cámara Nacional en lo Penal Económico (precedente “*Aceros Bragado*”). No obstante lo cual es importante contar con una cláusula general, ya que las distintas legislaciones penales especiales han quedado incorporadas al sistema del Código.

En relación a la cláusula del art. 43, llama la atención que no se ha hecho referencia a que el que actúa en lugar del otro “haya intervenido en el hecho”, esto es importante a los fines de evitar supuestos de responsabilidad penal objetiva, tal como estaba a la fecha regulado en las distintas leyes penales especiales.

### **Ejercicio de las acciones**

Se estima atinada la eliminación, como tercera categoría en “discordia”, de la acción dependiente de instancia privada, y la reclasificación de las acciones sólo en dos grupos: acciones públicas y acciones privadas. Como corolario de este pensamiento se ha estructurado a las acciones dependientes de instancia privada como subcategoría de las acciones públicas (ver art. 50).



**fores**

foro de estudios sobre la  
administración de justicia

En cuanto al segundo párrafo del art. 49, estimamos que es confuso, pues podrían debatirse los siguientes interrogantes: ¿cuándo es condicionante la instancia de parte? ¿Podría entenderse como de instancia privada o dependiente de ella la acción y, en consecuencia, dejaría de ser pública?

Por otra parte, se establece la disponibilidad de la acción penal, se fija un límite temporal para ejercitarla (al desistir de la promoción), y también se delimitan directamente (no en el Código Procesal Penal, o no se remite a una modificación de este ordenamiento) criterios de oportunidad. Bajo estos parámetros, el Anteproyecto se aleja de aquellos doctrinarios que entienden a la acción penal como de naturaleza procesal, aún con variantes más amplias. También es importante resaltar que se puede disponer de la acción, a pesar de haberse establecido aquí como principio el de legalidad. Esta actitud es loable, pues afirma la concepción de que no se contraponen legalidad con disponibilidad de la acción penal, sino que son conceptos complementarios. Sin embargo, discrepamos con la legislación de puntuales criterios de oportunidad en este orden, porque estamos convencidos de que deben ser regulados en el Código Procesal Penal de la Nación o en una Ley Nacional Procesal Marco, a los efectos de estipular un piso mínimo de garantías, y abrir la posibilidad legítima a las jurisdicciones locales de ampliarlos<sup>7</sup>. De lo contrario, podrían desencadenarse serios cuestionamientos constitucionales.

La conversión de la acción pública en privada, por la admisión de criterios oportunistas, es destacable, como también lo es que por ello será un derecho de la víctima y un deber del Estado asegurarle asesoramiento jurídico.

---

<sup>7</sup> Sobre el particular es interesante confrontar un artículo publicado por Matías N. Morel Quirno en el Portal Jurídico eDial.com, el día 13 de julio de 2006, que se titula: «NACION vs. PCIAS. y CABA = Indisponibilidad de la Acción Penal vs. Principio de Oportunidad. Breves consideraciones».



**fores**

foro de estudios sobre la  
administración de justicia

### **De la suspensión del proceso a prueba**

Es muy cuestionable que el límite para petitionar este beneficio sean delitos de acción pública con pena de prisión que no exceda, en su mínimo, de tres (3) años, pues más del ochenta por ciento (80%) de los delitos tipificados en el Anteproyecto encuadran en este supuesto. De tal modo, algunas figuras de crímenes de guerra, muchas relativas al homicidio, otras tantas de robo, etc., podrían ser superadas con la aplicación de este instituto.

En este sentido, consideramos mas acertada la postura de la ex Comisión Nacional para la Reforma Penal, que planteaba como tope para su admisión delitos de acción pública reprimidos con pena privativa de libertad de hasta seis años.

Esta misma reflexión la extendemos al concurso de delitos, aclarando que pensamos que este último sólo debe plantearse entre tipos delictivos de acción pública, y no entre éstos y otros de acción privada.

Inicialmente, creemos que también se debería haber asentado expresamente la amplitud de la suspensión hacia delitos con pena principal, conjunta o alternativa de inhabilitación, como así también haber definido la situación de los delitos reprimidos con pena de multa.

Sin embargo, a esta altura se nos plantea otro interrogante: ¿se debe fijar un tope para los delitos con pena de inhabilitación (por ejemplo, seis años), o no? El Anteproyecto no hace distinguos.

Entendemos que es incoherente e indeterminado (no se especifica un plazo perentorio tomado de una condena previa) el parámetro impuesto como límite con relación a no registrar antecedentes condenatorios, pues



**fores**

foro de estudios sobre la  
administración de justicia

esta idea no coincide con la eliminación de la reincidencia postulada por el Anteproyecto.

Contrariamente a lo consignado en el Anteproyecto, pensamos que este beneficio puede solicitarse por segunda ocasión. Sobre el particular, nos enrolamos en la posición sostenida por la ex Comisión Nacional para la Reforma Penal, que puntualizaba la concesión por segunda vez si se cometía un nuevo delito después de haber transcurrido ocho años a partir de la fecha de expiración del plazo por el cual hubiera sido suspendido el proceso anterior.

Consideramos que la opinión fundada y favorable del Ministerio Público Fiscal sobre la admisión de este instituto únicamente puede cuestionarla el Juez o Tribunal intervinientes, mediante dictamen del fiscal de grado superior, cuando conceder el beneficio fuere más perjudicial para el imputado que afrontar un juicio.

En cuanto a la posibilidad de continuar acciones civiles, estimamos que es una solución novedosa y acertada.

Encontramos discutible que se marginalice del instituto al funcionario público en ejercicio o con motivo de sus funciones. En este aspecto, ¿qué ocurriría si este funcionario presuntamente comete un delito culposo (accidente de tránsito) al ir a su trabajo? ¿No se vulnera el acceso a la justicia y el derecho a la igualdad, ambos de raigambre constitucional?

La regla de adoptar oficio (g) es difícil de aplicar en la actualidad, ya que existe mucha desocupación y podría tornarse de imposible cumplimiento.

A su vez, la imposición de actividades para solucionar la incompetencia o inidoneidad en delitos con inhabilitación es muy atinada e innovadora.

En el anteúltimo párrafo, ¿para la extinción, bastará una presunta comisión delictiva, un proceso por tal, o una condena? Del juego de los



**fores**

foro de estudios sobre la  
administración de justicia

últimos dos párrafos parece desprenderse que la condena es un supuesto posterior, que implica dejar sin efecto este beneficio y seguir a juicio. Subrayamos la necesidad de encuadrar el presupuesto extintivo, acotándolo a la hipótesis de condena firme, para no menoscabar la presunción de inocencia, que en cualquier proceso en trámite constitucionalmente posee todo acusado.

### **Amnistía**

Realmente no se entiende cómo han quedado fuera de ella los delitos de lesa humanidad, ni tampoco la incorporación de la tortura “prevista en instrumentos internacionales de derechos humanos”, ya que la tortura como tal se encuentra claramente adaptada y reglamentada en el Capítulo II del Título II de la Parte Especial del Anteproyecto. Con relación a esta situación, observamos una innecesaria y superflua diferenciación.

### **Extinción de la acción en los delitos reprimidos exclusivamente con pena de multa**

La solución prevista en el art. 56 del Anteproyecto, referida a la extinción de esta índole de delitos en cualquier estado de la instrucción, y mientras no se haya iniciado el juicio, a través del pago voluntario del mínimo de la multa correspondiente y de la reparación de los daños causados es una concreta canalización práctica de criterios de economía y de oportunidad procesales, orientados a una efectiva administración de justicia. En la vereda opuesta, y sin poder apreciarse el fundamento, se ubica la exclusión de la extinción de la acción en el caso de funcionarios públicos en ejercicio o con motivo de sus funciones.



**fores**

foro de estudios sobre la  
administración de justicia

### **Del comiso**

En el art. 63, que regula el comiso, se vislumbra ambigüedad y subjetividad en la técnica legislativa utilizada, al afirmarse que procederá el comiso cuando los objetos o instrumentos fuesen peligrosos para el condenado o para terceros. ¿Qué es peligroso y quién lo estipula científicamente?

### **Reparación**

En cuanto a la reparación, parece conveniente que en caso de que las partes discrepen en cuanto al monto de la misma, la reparación sea fijada judicialmente inclusive a efectos de evitar exigencias arbitrarias de alguna de ellas.

En añadidura, con relación al concepto que se da de daño originado por el delito, estimamos conveniente que el legislador sea más preciso al definir sus alcances, pues de lo contrario esta irresolución podría ocasionar futuros reclamos por lucro cesante, entre otros.

### **Sanciones a las personas jurídicas**

En cuanto a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, contenida ahora en el proyecto en los arts. 67 y 68, el mismo debe revisarse a la luz del reciente fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, dictado en la causa “*Fly Machine*”, del pasado 30 de mayo del corriente, por el cual se confirmó la sentencia de la Sala I de la Cámara Nacional de Casación Penal que rechazó la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Es conveniente ver al respecto las observaciones del juez Zaffaroni, las cuales tornan inviable la responsabilidad de las empresas en nuestro Estado Constitucional de Derecho.





**fores**

foro de estudios sobre la  
administración de justicia

## Capítulo II:

### Parte Especial.

#### Delitos contra las personas

Se mantiene la denominación asignada a este Título, pese a la insistente crítica que le fuera dirigida a causa de que *con ella se alude a los titulares de los bienes jurídicos* que agrupan sus figuras -la vida y la salud física y mental de los individuos- *pero se omite identificar*, según la mejor técnica legislativa, *los bienes jurídicos amparados específicamente por el Código Penal en este apartado*, criterio que en cambio acatan la mayoría de los restantes Títulos del Libro II. Esta objeción se basa en diversa y autorizada doctrina (Nuñez, Creus, Bacigalupo, Muñoz Conde, Rodríguez Devesa, Puig Peña, etc.).

#### Homicidio simple

La redacción conferida por el proyecto al art. 83, mantiene la del art. 79 vigente, fue cuestionada por Jiménez de Asúa. El destacado jurista español la calificó de “*anticientífica*”, pues describe la consecuencia de la conducta punible, pero omite retratar los elementos que conforman la acción típica.

#### Agravantes al delito de homicidio

No se comparte la supresión del cónyuge como agravante del homicidio; ya que se es muy criticable que matar al mismo reciba igual tratamiento que un homicidio simple. La razón de la agravante reside en que no da lo mismo quitarle la vida a la persona a la que se encuentra unido el



**fores**

foro de estudios sobre la  
administración de justicia

victimario por expresos y jerarquizados ligámenes de respeto y solidaridad, oriundos de la institución legal del matrimonio.

Los fundamentos del anteproyecto de reforma postulan que tal supresión se debe a que “ha cambiado la valoración social que en su momento justificara su inclusión... y porque desde el punto de vista material se producen inequidades respecto de otras situaciones de convivencia<sup>8</sup>.” La misma línea argumental podría haberse utilizado para incorporar otros agravantes que incluyan las nuevas situaciones de convivencia como lo receptaron otras legislaciones como las de: Bolivia (Art. 252, “conviviente”); Colombia (Art. 104, “compañero/a permanente”); Costa Rica (Art. 112, “manceba o concubinaria si han procreado uno o más hijos y han llevado vida marital por lo menos durante dos años anteriores al homicidio”); Cuba (“cónyuge, sea por matrimonio formalizado o no”, art. 264); El Salvador (“persona con quien se convive materialmente”, art. 129); Guatemala (“persona con quien se hace vida marital”, art. 131); México (art. 323), Honduras (art. 118), etc.

Por otra parte, no se puede dejar de mencionar la incongruencia de que aquí no se agrave el delito cuando el o la cónyuge sea la víctima, mientras que sí se agrava, por ejemplo, en el art. 126, inc. b), del Anteproyecto, en el supuesto del delito de privación de libertad.

A su vez, la Comisión tampoco consideró adecuado distinguir el homicidio simple de otras acciones que *per se* edifican agravantes, como las de provocar la muerte del hermano, al adoptante o el adoptado.

Plasman la muerte del *hermano* como supuesto de homicidio calificado los Códigos de Colombia (art. 164); Costa Rica (art. 112); Ecuador (art. 450), El Salvador (art. 129), México (art. 323), etc.; y la del *adoptante o*

---

<sup>8</sup> Fundamentos del Anteproyecto de reforma y actualización integral del Código Penal, Pág. 47.



**fores**

foro de estudios sobre la  
administración de justicia

*adoptado*, los Códigos de El Salvador, Francia, Nicaragua, México y Colombia.

En cuanto a la redacción del art. 84, inc. f, proyectado, se estima mas adecuado modificar dicha redacción a fin de evitar la muy conocida discusión doctrinaria y jurisprudencial que existe en la actualidad respecto de la interpretación de una figura especial similar.

Por ello se propone concretamente que se cambie la redacción por otra que, en definitiva, resulte similar también a la contemplada respecto de los delitos aduaneros, en el art. 196, inc. a), del mismo Anteproyecto que se critica, de la manera siguiente:

“f) cuando en el hecho intervinieren premeditadamente DOS (2) ó más personas en calidad de autores, instigadores o cómplices”.

### **Homicidio piadoso**

El art. 89 reprueba con prisión de 1 a 4 años al que “*por sentimientos de piedad y por un pedido inequívoco de quien esté sufriendo una enfermedad incurable o terminal causare o no evitare la muerte del enfermo*”.

El consentimiento de la víctima, en el ordenamiento penal vigente, carece de eficacia para preterir la ilicitud de la acción homicida (J. A. XXXVIII - 853; Fallos C. C. C. I, 505). La muerte así prodigada ocasiona homicidio, porque la propia vida no es disponible en tanto representa un bien jurídico de resignación prohibida. Comete entonces homicidio el que mata al sujeto pasivo, a instancias de éste. Nuestros tribunales dilucidaron que “El consentimiento de la víctima no tiene relevancia jurídica en el homicidio, puesto que el derecho a la vida no es renunciable, por lo que producido el hecho en esas condiciones procede considerarlo como homicidio simple”



**fores**

foro de estudios sobre la  
administración de justicia

(J. A. 38 - 852). Se ha insistido, no obstante, que si el hombre posee el derecho a privarse de la vida (decisión que cabe discutir si significa un derecho), goza asimismo de la facultad de transmitir el atributo de suicidarse al tercero que encomienda su concreta ejecución y, por tanto, conforme a esta idea, el homicidio con el consentimiento de la víctima no sería punible (Chauveau y Helie, "Teoría del Código Penal"). La noción de *eutanasia*, o *muerte dulce* o *por piedad*, se asocia a patologías que enmarcan una agonía prolongada y tormentosa para la víctima. La eutanasia activa implica causar o provocar la muerte del paciente que padece enfermedad dolorosa y terminal. La eutanasia presupone un elemento subjetivo, el móvil de piedad; un elemento objetivo, el estado de sufrimiento del enfermo terminal; y un elemento material, que finca en el uso de medios idóneos para inducir el traspaso indoloro, sereno y rápido a la muerte.

Los códigos penales de Uruguay y México exigen -además- la concurrencia de las imprecaciones del enfermo, de manera cohonestable a la fórmula del art. 89 del anteproyecto. Las tachas deducidas contra los fundamentos de la eutanasia sopesan que el dolor extremo que conquista el ánimo del paciente impacta en que su aquiescencia para buscar la muerte urgente está viciada o huérfana de eficaz conciencia.

También influye en idéntico propósito, al menos a veces, la impaciente desolación de los familiares y allegados que acompañan las aflictivas peripecias de extendidas y tortuosas convalecencias. Se aduna que la vida del ser humano debe ser siempre protegida por el derecho, sea cual fuere su estado, y que es casi imposible precisar, desde la perspectiva de la medicina, el carácter incurable de un mal, extremo que explica la proverbial reticencia de los profesionales de la salud a recurrir al expediente de administrar técnicas eutanásicas, pues el organismo humano acusa a menudo reacciones de mejoría inesperada. Los jueces



**fores**

foro de estudios sobre la  
administración de justicia

han afirmado que “Nuestro Código no ha incluido en su articulado el homicidio por piedad” y, por tanto, “el móvil piadoso no debe considerarse justificativo, pero sí puede servir de índice para valorar la pena” (J. A., 1.942- III - 473).

### **Autoría y cooperación profesional en el aborto**

En el art. 91, último párrafo, se ha suprimido la mención de los *farmacéuticos*, actualmente inventariada en el art. 86. Toda vez que la enumeración que la ley realiza de los profesionales a quienes apresa la agravante es taxativa, cumple retener en el enunciado a los “*farmacéuticos*” y adicionar a los “*enfermeros*”, cuenta habida que la misión de estos también se disuelve modernamente en una actividad que demanda de título habilitante, calidad que enlaza circunspectas obligaciones para con la tutela de la vida ajena.

### **No punibilidad de ciertos supuestos de aborto**

El art. 92, en su inc. a), prescribe que no será punible el aborto cometido por un médico con el consentimiento de la mujer, si responde al fin de eludir un peligro para la vida o “*la salud física o psíquico – social de la madre*” y si este peligro no puede ser evitado por otros medios”.

La fórmula vigente del aborto terapéutico refiere el designio de “evitar un peligro para la vida o *la salud de la madre*” (art. 86, inc. 1; fuente: art. 112 del Proyecto suizo de 1.916). Su claridad traduce ocioso afinar que ella compete a la “*salud física*” y a la “*salud psico–social*”, emergiendo además confusa esta expresión final, de donde *se reputa beneficioso perpetuar el texto actual*.



**fores**

foro de estudios sobre la  
administración de justicia

El art. 92, inc. b), zanja el debate doctrinario habido respecto de los conceptos de “*aborto eugenésico*” y “*aborto sentimental*” (el embarazo computa una violación consumada en perjuicio de mujer sana, idiota o demente; González Roura, Soler, Gómez, Ramos, Molinario, Jiménez de Asúa; Ghione; Proyectos nacionales de 1.937, 1.941 y 1.960). La “*ley debería extender la impunidad a los casos de embarazo provenientes de un abuso deshonesto cometido sobre mujer sana o idiota, o de cualquier otro hecho o método de fecundación cometido o practicado en contra de la voluntad, expresa o presunta, de la mujer*” (Estrella – Godoy Lemos).

El art. 93 establece que “No es punible la mujer cuando el aborto se practicare con su consentimiento y *dentro de los tres meses desde la concepción, siempre que las circunstancias lo hicieren excusable*”. Agrega: “*No es punible el médico que, dentro de los tres meses desde la concepción, practicare un aborto con el consentimiento de la mujer, cuando previamente la haya asesorado sobre las consecuencias del hecho y las razones existentes para preservar la vida del feto*” (ver, también, art. 95). La tesis del anteproyecto parece reposar en el criterio de que la vida humana comienza una vez constituidos los rudimentos de lo que será la corteza cerebral, vale decir, desde la formación de la cresta o surco neural que significa el primer paso para la constitución del tejido cerebral (Buján – De Langhe).

Empero la Academia Nacional de Medicina de la República Argentina dictaminó, en septiembre de 1.995, que la vida humana principia con la fecundación del óvulo, porque ella compone un nuevo individuo humano munido de identidad determinada por todo el patrimonio genético aportado por los cromosomas paternos y maternos, disponiendo este ser de una intrínseca capacidad para programar y completar la formación de su propio organismo. El cigoto o embrión alojan vida humana actual y no meramente potencial, ora si se halla en probeta, ora si en el cuerpo de la



**fores**

foro de estudios sobre la  
administración de justicia

madre. Varias iniciativas legislativas han favorecido el reconocimiento de vida humana en el embrión, desde la concepción acontecida en forma intracorpórea o extracorpórea (López de Zavalía, 1.993; Ruckauf – Iribarne, 1.993; Camaño – Corchuelo Blasco, art. 18; Orquín y otros, art. 21.; etc.). Recibió media sanción en el Senado de la Nación, el 2 de julio de 1.997, el proyecto de “*Ley de Fertilización Asistida*”. Este aprobó que *hay persona humana a partir de la fecundación del embrión y antes de su transferencia al seno materno.*

El originario texto constitucional argentino obvió reconocer, en términos expresos, el derecho a la vida (1.853/60). Esa garantía esencial estaba matriculada entre los derechos implícitos del art. 33.

Algunas Constituciones de nuestros estados provinciales reverencian explícitamente el derecho a la vida: Jujuy, Mendoza, Catamarca, La Rioja, San Juan, Santiago del Estero y Río Negro. Otras cartas elucidan, validas de sapiente minuciosidad, que el amparo de la vida humana se inicia a partir de la concepción: Formosa, Córdoba, Tucumán, Tierra del Fuego, San Luis, Salta y Buenos Aires. Las restantes tasan el derecho a la vida como una suprema garantía implícita, al modo del art. 33 del ordenamiento federal: Entre Ríos, Chaco, Corrientes, Misiones, Santa Fe, Santa Cruz, Neuquén y La Pampa. Desde 1.994, por imperio del art. 75, inc. 22, el derecho a la vida goza de abierta consagración constitucional, a tenor de los siguientes estatutos: a) “Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre” (Bogotá, 1.948), art. 1: “Todo ser humano tiene derecho a la vida...”; b) “Declaración Universal de los Derechos Humanos” (Nueva York, 1.948), art. 3: “Todo individuo tiene derecho a la vida...”; y c) “Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos” (Nueva York, 1.966), art. 6, inc. 1: “El derecho a la vida es inherente a la persona humana”. Adquiere especial relevancia sobre el particular, reparar en que la “Convención Americana sobre Derechos



**fores**

foro de estudios sobre la  
administración de justicia

Humanos” (Costa Rica, 1.969), en su art. 4, inc. 1, expresa que “Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir de la concepción”; en tanto la “Convención sobre los Derechos del Niño” (Nueva York, 1.969), enseña en su art. 6, inc. 1, que “Los Estados Partes reconocen que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida”, habiendo introducido la República Argentina la reserva atinente a que por *niño* se entiende a *todo ser humano desde su concepción* (art. 2 de la ley 23.849). En consecuencia, *si la protección de la vida humana en nuestro ordenamiento constitucional comienza con la concepción, luce violatorio de ese principio establecer la no punibilidad de cualquiera de las conductas expuestas en el art. 93 del anteproyecto.*

### **Fertilización asistida y clonación**

Ninguna regla alberga el anteproyecto, al menos entre los “Delitos contra la Vida”, pese a que deviene ineluctable reclamarlo en un emprendimiento legislativo que persigue modernizar la preceptiva penal de cara a los nuevos desafíos de la civilización humana, respecto de los interrogantes latentes en esta disciplina jurídica a propósito de las contemporáneas experiencias de fertilización asistida, homóloga, heteróloga o por transferencia de embriones; como así tampoco en punto a la vida presente y destino atribuido a los embriones fecundados en forma extrauterina, mayoritariamente crioconservados; ni alrededor de la clonación y otras prácticas de ingeniería genética.

### **Momento de la muerte**

El anteproyecto soslaya la imprescindible definición sobre el momento de la muerte, que tanta trascendencia ofrece a los fines de deslindar





**fores**

foro de estudios sobre la  
administración de justicia

responsabilidades penales, frente a la evidente contradicción que acopia la legislación Argentina entre el concepto que deriva del art. 103 del Código Civil y la diferente noción que anota el art. 23 de la ley 24.193.

### **Incumplimiento de los deberes de asistencia familiar**

Se considera inconveniente la inclusión del delito de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar entre los de acción privada.

Ello por cuanto, en el Anteproyecto en examen, se requiere que las víctimas se constituyan como parte querellante en el proceso, lo cual va a ser sumamente difícil principalmente en los supuestos de menores en estado de abandono material, los que, según el proyecto de reforma, son los únicos que pueden resultar sujetos pasivos de este tipo de delito son: los menores de 18 años de edad y las personas incapacitadas.

Se considera que el delito de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar debería quedar entre los de instancia privada.-

### **Delitos contra el honor**

#### **Calumnia**

El art. 115 del anteproyecto reproduce la redacción del art. 109 actual, incrementando el máximo de la pena de prisión a cuatro años para el autor de “calumnia o falsa imputación de un delito que dé lugar a la acción pública”.

Ahora bien, como el texto del art. 49 del anteproyecto introduce un nuevo régimen, conforme al cual “*Admitido el criterio de oportunidad, la acción pública se convertirá en acción privada*”, este extremo obliga a precisar en



**fores**

foro de estudios sobre la  
administración de justicia

el art. 115 que *la aludida conversión no malogra la identidad del delito de calumnia.*

Y, en tanto los delitos subordinados al género de las “acciones públicas dependientes de instancia privada” comportan por naturaleza delitos de acción pública una vez removidos los obstáculos legales que para su pertinente promoción enuncia el art. 50 del anteproyecto (Creus, Oderigo), *corresponde contemplar los efectos de esta circunstancia en la preceptiva del art. 115.*

El art. 115 nada expresa respecto de la falsa atribución de delitos de acción pública *ya prescriptos* (González Roura, a favor; Moreno y Jofré, en contra); ni en torno a idéntica ilicitud perpetrada a través de la falsa atribución de delitos cuyos imputados militan *beneficiados por excusas absolutorias.*

### **Exceptio veritatis**

El acusado de injuria -plantea el art. 117, inc. 2, del anteproyecto- sólo podrá probar la verdad de la imputación, si el hecho atribuido a la persona ofendida hubiere dado lugar a un proceso penal (excusa absoluta). La cláusula, oriunda del Proyecto de 1.891, también acuñada en el Código vigente (art. 111, inc. 2), “*está completamente de más*”, según predica la autorizada doctrina con la que congeniamos, pues “Si el proceso penal a que se refiere la ley continúa en trámite, no se ve qué interés social puede haber en que, en dos juicios distintos, se esté ofreciendo la misma prueba. Si el proceso ha terminado, una de dos: o el imputado ha sido absuelto, en cuyo caso la resolución dictada a su respecto no podría ser conmovida por la prueba que ofreciese en el juicio de injuria, razón por la cual, ésta estaría de más. O, el imputado ha sido condenado y entonces no sería humano consentir que, además de la pena que le haya sido



**fores**

foro de estudios sobre la  
administración de justicia

impuesta tenga que seguir soportando, toda su vida, la imputación de haber delinquido” (Molinario-Aguirre Obarrio, Soler y Ramos; en contra, Peco).

### **Calumnias e injurias equivocadas o encubiertas**

El culpable de calumnia o injuria equívoca o encubierta, expone el art. 118 del anteproyecto, que rehusare dar en juicio explicaciones satisfactorias sobre ella, *sufrirá del mínimo a la mitad de la pena correspondiente a la calumnia o injuria manifiesta.*

Por encima de que el espíritu que infunde la aplicación de las sanciones penales induce a propiciar que el vocablo “*sufrirá*” sea reemplazado por la expresión “*se impondrá*”; cumple calibrar que si el convocado a juicio para proporcionar aquellas explicaciones se sustrae a prodigarlas, porfiando en el equívoco creado por sus manifestaciones encubiertas, debe ser apercibido con una pena equivalente a la del autor de las ofensas explícitas. En emparentado rumbo se expidieron el Proyecto de 1.937 y la ley de 1.968.

Además, procede subrayar que la escala punitiva que deriva de la disminución diseñada por el art. 118 del anteproyecto (homóloga a la del actual art. 112), “*resulta notoriamente inadecuada, porque al efectuarse ésta sólo sobre el máximo, se ha alterado la proporción que... debe haber siempre entre el máximo y el mínimo*” (Laje Anaya-Gavier).

### **Injuria o calumnia vertida por la prensa**

El art. 120 del anteproyecto reza: “Cuando la injuria o calumnia se hubiere propagado por medio de la prensa, el juez o el tribunal ordenará, si lo pidiere el ofendido, que los editores inserten en los respectivos impresos,



**fores**

foro de estudios sobre la  
administración de justicia

periódicos u otros medios masivos de comunicación, a costa del culpable, la sentencia o satisfacción”.

Esa redacción reivindica, en sus aspectos medulares, el art. 114 vigente. Interpretamos fecundo el agregado que auspicia (“*u otros medios masivos de comunicación*”), toda vez que corrobora la inteligencia de que “*prensa*” no es exclusivamente la escrita, sino también la oral, y engloba la impresa, televisada, irradiada, informatizada o la deducida a expensas de cualquier vía semejante.

En cambio, al privar de la figura el giro “*en la Capital y territorios nacionales, sus autores quedarán sometidos a las sanciones del presente Código*”, probable secuela de las contemporáneas reformas plasmadas en las jurisdicciones políticas de nuestro país, emerge el interrogante que alrededor de la validez de sus alcances legales suscita el art. 32 de la Constitución nacional, a cuyo amparo “*El Congreso federal no dictará leyes que restrinjan la libertad de imprenta o establezcan sobre ella la jurisdicción federal*”.

### **Injurias vertidas en juicio**

Las injurias proferidas por los litigantes, apoderados o defensores, en los escritos, discursos o informes producidos ante los tribunales y no dados a publicidad, conforme al art. 121 del anteproyecto, quedarán sujetas únicamente a las correcciones disciplinarias correspondientes, modelo que calca la matriz hogaño alojada en el art. 115 del Código Penal.

Tales lineamientos *omiten orientar las consecuencias que parecidas injurias cometidas por los peritos, consultores, testigos y “amicus curiae”* pueden aparejar, cuanto las acaecidas en perjuicio de los *magistrados judiciales competentes en el asunto y terceras personas ajenas al proceso*.



**fores**

foro de estudios sobre la  
administración de justicia

## **Menores y aliendados**

Elementales motivos de justicia y de política criminal convergen a abastecer de *resguardo penal al honor de los menores y de los alienados*, más allá de las atendibles disquisiciones que en la especie la doctrina sentara.

El anteproyecto no garantiza esa tutela, en tanto su art. 51 enseña que “En los casos de calumnias e injurias *la acción podrá ser ejercida sólo por el agraviado y después de su muerte* por el cónyuge, hijos, nietos o padres sobrevivientes”, *pauta que entonces conmina su condigna enmienda.*

## **Delitos contra la libertad**

Muchos de los delitos tipificados en el Anteproyecto, tienen una pena inferior respecto al Código Penal vigente. En este título no solo observamos esto, sino algo que llama aún más la atención.

Se elimina el delito de secuestro extorsivo y queda dentro de la privación ilegal de libertad coactiva para pedir rescate reduciéndose la pena de 4 a 15 años de prisión.

La pena en la actualidad es de 10 a 25 años. Asimismo se elimina la agravante de secuestro extorsivo seguido de muerte. Actualmente este supuesto conlleva reclusión o prisión perpetua.

El fundamento del Anteproyecto, en cuanto a la supresión del secuestro extorsivo, es que se pretende evitar así los problemas que ha debido afrontar la jurisprudencia para subsumir conductas que están previstas en dos preceptos distintos.



**fores**

foro de estudios sobre la  
administración de justicia

Con lo expuesto se entiende que aquellos que trabajaron en la elaboración del Anteproyecto tuvieron en cuenta los problemas de interpretación normativa. Pero en vez de darle claridad a los diferentes supuestos, optaron por suprimir una figura e incluirla en otra, con una pena mucho menor. En vez de superar esos obstáculos, adecuar la normativa a la realidad imperante, optaron por dejar de lado las razones que llevaron a la sanción de la ley 25.742<sup>9</sup>.

Por otra parte se argumenta que se eliminan los agravantes introducidos por la ley 25.742, porque generan problemas sistemáticos graves y porque sus efectos aparecen más simbólicos que reales, en tanto la aplicación del instituto del concurso de delitos soluciona razonablemente el problema.

El secuestro, conmociona a la población, desequilibra los poderes constitutivos del Estado y sus instituciones, lesiona el núcleo central de nuestra sociedad: la familia. Con el secuestro se ejerce presión sobre todos los estamentos sociales, por eso la importancia de su debida reglamentación.

## **Delitos contra la integridad y la libertad sexual**

### **Violación**

En primer término, no se vislumbran - ni se expresan en los fundamentos del proyecto - los motivos que sustenten la disminución de la escala penal actual (6 a 15 años de prisión) por la nueva propuesta (4 a 12 años de prisión).

---

<sup>9</sup> Sancionada el 4/6/03, promulgada el 19/6/03 y publicada B.O. el 20/6/03.



**fores**

foro de estudios sobre la  
administración de justicia

Asimismo, tampoco se estima adecuada la supresión de la agravante prevista para los casos de violación seguida de muerte.

Por último, y si bien parece de una correcta técnica legislativa no incluir la denominada fellatio in ore en el tipo previsto para la violación, estimamos que la escala penal – 2 a ocho 8 años de prisión - es totalmente desproporcionada con la conducta delictiva que se intenta reprimir.

Se debe tener especialmente en cuenta que los autores condenados por este tipo de delitos podrán beneficiarse por el instituto previsto en el artículo 26 según el cual el juez estaría facultado a reemplazar la pena de prisión impuesta por: detención de fin de semana, trabajos para la comunidad, limitación o prohibición de residencia, sometimiento a instrucciones o multa reparatoria, etc.

### **Corrupción de menores**

Resulta absolutamente inconveniente esta derogación por cuanto se trata de una acción antisocial sumamente grave y de enorme trascendencia negativa en la sociedad Argentina. Las razones son obvias. Y, al respecto, no hay que olvidar que es fundamental que el Derecho Penal coadyuve al efectivo resguardo del derecho de toda persona a que se respete su integridad física, psíquica y moral, así como el derecho de todo niño a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del estado, conforme lo prescriben los arts. 5, 1, y 19 de la Convención Americana sobre Derechos humanos aprobada por ley 23.054, y la Convención sobre los Derechos del Niño, de naturaleza constitucional obviamente.

Y, si se pensara en que el bien jurídico protegido en el delito de corrupción -que no es otro que el peligro de verse afectada la sana y normal fisiología sexual de la víctima- queda amparado por la punición de



**fores**

foro de estudios sobre la  
administración de justicia

actos sobre el cuerpo de los menores de naturaleza sexual, lo cierto es que ello no es así jurídicamente en nuestro sistema penal.

Acerca de ello, precisamente, no hay que olvidar que el límite de lo punible en esta clase de delitos no se debe encontrar "reduciendo la promoción a la esfera de los actos materiales realizados sobre el cuerpo del menor o ejecutados o presenciados por él".

Por el contrario, la doctrina siempre ha aceptado que "la corrupción puede promoverse con acciones de pura significación intelectual tendientes a producir o a mantener en la víctima la propensión a depravar su conducta sexual, o con acciones materiales realizadas sobre el cuerpo de la víctima o realizadas por ésta. Las acciones de la primera clase comprenden el amplio círculo de la enseñanza, el consejo, la orden, el ejemplo y la exposición aptos para determinar la depravación de la conducta sexual del menor"<sup>10</sup>

Creemos que todo lo aquí brevemente expuesto conduce a que se continúe previendo como delictiva a la corrupción tal cual como está actualmente en el Código Penal vigente, aunque se lo pueda limitar solo a los supuestos de menores.-

### **Delitos contra la propiedad.**

En este Título las modificaciones más importantes que se han introducido se vinculan a la figura del robo.

En primer lugar, el artículo 169 mantiene el máximo de punición para el robo simple, haciendo una disquisición en su mínimo para el caso de que se perpetre mediante violencia en las personas. En tanto que se incluyó la

---

<sup>10</sup> Conf. RICARDO NUÑEZ, DERECHO PENAL ARGENTINO, T. IV, Págs. 345, 346 y nota 26, así como TRISTAN GARCIA TORRES, LA DOCTRINA Y EL DELITO DE CORRUPCIÓN, en Doctrina Judicial de La Ley, del 2 de octubre de 1991.





**fores**

foro de estudios sobre la  
administración de justicia

palabra intimidación con el objeto de diferenciar la intimidación propia del robo con la figura de extorsión.-

Mayores observaciones conlleva el análisis del artículo 170 en el cual se ha decidido sintetizar en un solo artículo todas las agravantes que puede acarrear el robo.-

La primera objeción se presenta en el sentido de que se ha eliminado la agravante de la perpetración del robo en banda. Al respecto es de hacer notar que evidentemente la participación de tres o más personas en un hecho aumenta sustancialmente el poder intimidatorio sobre la víctima, en tanto que su tarea en conjunto facilita o agiliza el trabajo en cuanto a la fuerza que se efectúa sobre las cosas; por lo que, si bien la práctica forense ha tenido dificultades en definir que se entiende por el concepto “banda”, ello de por sí no es parámetro para su eliminación.-

Asimismo se eliminan las agravantes previstas para el caso de la utilización de armas impropias y de armas de fuego descargadas. Sobre el particular, los fundamentos expuestos por la comisión para la reforma explica que estas situaciones no constituirán una agravante específica y que la mayor gravedad que encierra su empleo queda supeditado a los criterios generales de individualización de la pena, con lo cual considera que las escales penales conminadas tanto para el tipo básico como el agravado, permiten una respuesta punitiva suficiente a las distintas circunstancias que puedan plantearse. Aquí, corresponde hacer notar, que mientras el máximo de pena a imponer en el supuesto del robo perpetrado con un arma blanca no podría superar los 6 años, en la actualidad esa conducta se encuentra reprimida con una escala que va de los 5 a los 15 años de prisión.-

En este entendimiento no debe soslayarse que no sólo estas conductas son reprimidas con escalas sensiblemente menores, sino que los mínimos



**fores**

foro de estudios sobre la  
administración de justicia

previstos para los tipos agravados posibilitan en todos sus casos la concesión del beneficio excarcelatorio.-

Finalmente se suprimió la figura del homicidio en ocasión de robo previsto en el actual artículo 165, en el entendimiento de que el supuesto allí abarcado puede resolverse por aplicación de las reglas concursales o incluso, en ciertas condiciones, encuadrar en el tipo de homicidio criminis causa. Al respecto, estimamos que la supresión de esta figura podría contribuir a solucionar los numerosos problemas interpretativos sufridos por los Tribunales de Justicia.-

### **Asociación ilícita**

No resulta adecuado eliminar el delito de asociación ilícita con fundamento en que esta figura conlleva infinidad de interpretaciones judiciales encontradas.

Al respecto cuadra señalar que doctrinariamente se ha dicho que este tipo penal no trata de castigar la participación en un delito, sino la participación en una asociación o banda destinada a cometerlos con independencia de la ejecución o inejecución de los hechos planeados o propuestos, razón por la cual en lugar de su eliminación, proponemos su reformulación.

Se propone, pues, incluir en el proyectado TITULO X, el siguiente tipo penal:

“Será reprimido con prisión de TRES (3) años a DIEZ (10) años, el que tomare parte de una asociación de tres o más personas destinada a ejecutar planes delictivos indeterminados, por el sólo hecho de ser miembro de aquella, cualquiera sea el bien jurídico afectado y aunque se trate de una misma clase de delitos. Para los jefes u organizadores de la



**fores**

foro de estudios sobre la  
administración de justicia

asociación la pena será de CINCO (5) años a QUINCE (15) años de prisión.”

Se adhiere así a la propuesta legislativa oportunamente remitida por el Poder Ejecutivo Nacional al Congreso de la Nación, con sus fundamentos, que se adjunta a sus efectos Se resuelven así las cuestiones que hoy en día son discutidas por la doctrina y la jurisprudencia.-

Razones éstas, por las que consideramos que en lugar de eliminar esta figura resultaría más apropiado disponer la reformulación que proponemos.