

enfoces penales

CRIMINT - Revista En Letra Derecho Penal



DIRECTORES

Leandro A. Dias

Raquel Montaner Fernández

Juan Pablo Montiel

SECRETARIO DE EDICIÓN

Nicolás Ayestarán

Dilemas del proceso de elaboración de Proyecto de Código penal argentino 2019

POR CARLOS GONZÁLEZ GUERRA (*UNIVERSIDAD
AUSTRAL*)

I. Introducción

El 14 de febrero de 2017 se publicó en el Boletín Oficial el Decreto N° 103/2017 de creación de la "Comisión para la Reforma del Código Penal de la Nación".

Dicha Comisión quedó formalmente constituida el 1 de marzo de ese mismo año y estuvo integrada por juristas especializados y dedicados a la práctica del Derecho penal de nuestro país. Entre ellos hubo jueces, como Patricia Llerena, Mariano Borinsky, Guillermo Yacobucci, Carlos Mahiques y Víctor Vélez; fiscales, como doctores Pablo Turano y Pablo López Viñals; profesores universitarios, Patricia Ziffer y Fernando Córdoba; el representante designado por el Ministerio de Seguridad de la Nación, Guillermo Soares Gache —en el primer tramo de trabajo representó a dicho Ministerio Diego Richards— y la representante designada por el Ministerio de Desarrollo Social de la Nación, Yael Bendel (1), y el profesor y abogado Carlos González Guerra (2).

La Comisión trabajó *ad-honorem* en el ámbito del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, con el objetivo de elevar al Poder Ejecutivo Nacional un Anteproyecto de reforma y actualización integral del Código Penal de la Nación que concentrase toda la legislación penal en un único cuerpo normativo.

El proceso de reforma al Código penal de la Nación se enmarcó en el Programa de Justicia 2020 ideado por el Ministro de Justicia y Derechos Humanos de la Nación Germán C. Garavano, que incluyó importantes modificaciones al sistema judicial de nuestro país y al sistema de justicia penal en particular, con la presentación de varios proyectos de ley que procuraron la reforma tanto del sistema procesal como del Código penal de fondo (3).

La Comisión tuvo como objetivo, indicado específicamente en el decreto presidencial que la creó, realizar un Anteproyecto de Código Penal, con el fin de lograr una adecuada sistematización y ordenamiento de toda la normativa penal, para así consolidar la institucionalización, la seguridad jurídica y la plena vigencia de los derechos y las garantías individuales.

El trabajo de la Comisión se extendió por más de un año y medio y se realizó mediante intensas reuniones presenciales de carácter semanal, sumado a un arduo trabajo individual de cada uno de los miembros de la Comisión con su equipo de asesores. La tarea se complementó con el aporte de especialistas que enviaron sus propuestas y en muchos casos participaron de las reuniones presenciales, como así también de numerosas ONGs y miembros de la sociedad civil que hicieron llegar sus aportes a través de la plataforma digital Justicia 2020 (4).

El Anteproyecto de Reforma se convirtió en Proyecto al ser presentado en el Congreso de la Nación el 25 de marzo de 2019 (MEN 2019 - 60).

II. Dilemas en el proceso de elaboración del Proyecto 2019:

La Comisión se enfrentó a varios dilemas durante el proceso de elaboración del Proyecto de Reforma del Código penal de la Nación. Me limitaré en estas páginas a describir brevemente cuatro de ellos.



a. El dilema del punto de partida

El primer gran dilema se generó porque el propio decreto presidencial daba a la Comisión un plazo de un año para realizar una reforma integral de todo el sistema penal argentino. Se debía redactar un Código penal adaptado a las necesidades actuales del país teniendo en cuenta el Código penal de 1921 con sus posteriores reformas, pero también integrando todos los tipos penales existentes en las leyes especiales complementarias del Código penal. Desde esa perspectiva, y teniendo en cuenta el plazo del tiempo concedido, resultaba imposible elaborar un proyecto sin tomar como base alguno de los Anteproyectos anteriores elaborados por otras comisiones o, en su defecto, tomar como punto de partida el propio Código penal de 1921 (5).

Luego de intensos debates entre las posiciones que sostenían tomar como base el Anteproyecto del 2006 (6), quienes postulaban tomar como punto de partida el Anteproyecto de 2012 (7) y quienes consideraban que la plataforma debía ser el propio Código penal del 1921, acabó primando ésta última opción.

Los argumentos a favor de esta posición fueron básicamente dos. Por una parte, la idea de simplificar al máximo el trabajo de los operadores jurídicos que, en caso de prosperar el Proyecto, deberían luego aplicar esta nueva norma penal. Si la base y punto de partida era el Código actualmente vigente, el impacto en la sistematicidad, numeración y estructura de la norma podía ser menor y, de ese modo, no se cambiarían drásticamente las reglas de juego. Pero, por otro lado, el hecho de que el Código actualmente vigente no incluyera definiciones, ni los principios generales dentro de su propia estructura permitió que pese a sus casi cien años de vigencia pudiera sobrevivir a los importantes cambios que la Ciencia penal sufrió durante todo ese tiempo. Y ello ha sido sin dudas una virtud del Código de 1921, donde tanto los causalistas, finalistas, posfinalistas, funcionalistas, etc. encontraron en la letra del Código de 1921 acogida a sus postulados dogmáticos.

b. El dilema de la voluntad legislativa reciente

Un segundo dilema general de la Comisión, tan importante como el anterior, tenía que ver con la postura que se debía adoptar ante las leyes nacionales recientes con contenido en materia jurídico-penal. A saber, el Congreso Nacional no dejó de realizar su tarea legislativa durante el casi año y medio de trabajo de la Comisión de reforma e incluso había sancionado leyes poco tiempo antes de la creación de la misma.

Para algunos, la Comisión debía mantenerse al margen de esas modificaciones recientes al Código penal y a las leyes penales especiales dictadas poco tiempo antes, mientras que para otros no tomar en cuenta esas normas, aunque técnicamente podrían no compartirse en algunos casos, podía generar un grave problema posterior cuando el Congreso Nacional procurara actualizar el Proyecto de la Comisión a la luz de las normas recientemente sancionadas.

Mientras que para los primeros adaptar el proyecto a esas normas rompía la lógica propia de una Comisión técnica que debía incorporar las instituciones

El hecho de que el Código actualmente vigente no incluyera definiciones, ni los principios generales dentro de su propia estructura permitió que pese a sus casi cien años de vigencia pudiera sobrevivir a los importantes cambios que la Ciencia penal sufrió durante todo ese tiempo.

jurídicas que se logaran por unanimidad o mayoría de los votos de la Comisión, independientemente de las posibles disidencias que pudiese haber y de hecho hubo: para los segundos, si el Congreso adaptaba luego el Proyecto a las normas que recientemente el mismo había sancionado se corría un importante riesgo de “asistematicidad” del Código finalmente sancionado.

Un caso concreto sobre el que se generó este dilema fue el hecho de que mientras la Comisión elaboraba el Anteproyecto de reforma, el Congreso de la Nación sancionó, entre varias otras, la ley 27.401, conocida como ley de responsabilidad penal de las personas jurídicas para delitos contra la administración pública y el soborno transnacional (8).

No sin poco debate, se resolvió finalmente optar por respetar lo que se dio en llamar la “voluntad legislativa reciente”. Por ello, en el caso de la responsabilidad penal de las personas jurídicas se resolvió seguir las pautas adoptadas meses antes con la sanción de la Ley 27.401, al igual que con una serie de leyes que el Congreso de la Nación había dictado recientemente, con la misma integración que luego trataría el Proyecto de Código penal 2019.

Justamente por ello, y continuando con el ejemplo de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, los temas más importantes del debate de la Comisión fueron casi una réplica de la discusión del equipo de trabajo que elaboró desde el Poder Ejecutivo el proyecto que finalmente se convertiría en la ley 27.401. Por una parte, si debía optarse por un sistema de responsabilidad administrativa de la persona jurídica o dar ya el paso a la responsabilidad propiamente penal, tal como se había hecho en otras leyes anteriores. Y, por otra parte, una vez definido el régimen penal, era necesario determinar qué sistema de atribución de responsabilidad correspondía. Es importante recordar que el régimen de imputación fue mutando durante el arduo debate de elaboración de aquella ley y luego también en el marco de ambas Cámaras del Congreso, aunque no podemos entrar aquí en este análisis que merecería sin dudas un artículo dedicado especialmente al tema. Sin embargo, sí se puede mencionar que pareciera haber resultado un sistema mixto de atribución, con ribetes de un régimen vicarial y matices de un sistema de atribución por defecto de organización (9).

c. El dilema sobre los delitos de lesa humanidad:

El tercer dilema tuvo que ver con la propia estructura del Proyecto de Código penal. El haber adoptado como punto de partida y base de trabajo el Código penal actualmente vigente era necesario discutir qué lugar correspondía a los delitos de lesa humanidad y los crímenes internacionales en el contexto de la Parte especial del Proyecto.

La disyuntiva estribaba en mantener el homicidio simple en el artículo 79, como está en el Código penal actual, o en su defecto incorporar allí, en la primera parte del Libro Segundo del Proyecto, los delitos de lesa humanidad.

La solución a esta cuestión la trajo la Dra. Patricia Llerena, a partir de una muy simple pregunta. ¿Por qué el Código Penal tiene que tener dos libros?, agregando a ello la idea de que los delitos de Lesa Humanidad y los Crímenes

¿Por qué el Código Penal tiene que tener dos libros? (...) los delitos de Lesa Humanidad y los Crímenes Internacionales podrían ser abordados en un Libro Tercero, donde además de tipificar los delitos atinentes a ese tópico, podrían incluirse algunas cuestiones de Parte general limitadas a ese grupo de delitos, por ejemplo, la prescripción.

Internacionales podrían ser abordados en un Libro Tercero, donde además de tipificar los delitos atinentes a ese tópico, podrían incluirse algunas cuestiones de Parte general limitadas a ese grupo de delitos, por ejemplo, la prescripción.

d. El dilema entre el Código ideal y el Código posible

El sistema de penas en el Proyecto generó un importante debate interno y puso a los miembros de la Comisión ante un nuevo e importante dilema general.

En el contexto particular de las penas el dilema puso en uno de sus extremos la necesidad de ir hacia un proyecto técnicamente “óptimo” o en su defecto hacía un proyecto posible, pragmático y adaptado a la realidad actual de nuestro país.

Quienes se inclinaban por un Proyecto técnicamente puro postulaban la incorporación de las llamadas *PEC* –Penas de Ejecución Comunitaria– reduciendo sensiblemente las penas privativas de la libertad. Para quienes se enrolaban en esa posición, la introducción de las *PEC* permitía superar la regulación de la libertad condicional, que perdería su razón de ser y debería suprimirse, afirmando que ni la condena de ejecución condicional, ni la libertad condicional deberían constituir mecanismos para eludir el castigo.

Por otra parte, postulaban una posición más bien clásica en materia de consecuencias penales del delito quienes tomaban como base de la realidad práctica de la Argentina y, a modo de ejemplo, las enormes dificultades del patronato de liberados. Quienes se enrolaban en este sector, si bien no estaban en desacuerdo con las *PEC* como herramientas en sentido abstracto, vislumbraban serias dificultades para su correcta implementación.

Luego de mucho debate, y con disidencias concretas en esta materia, se optó por un sistema de penas clásico, que conservara las penas de prisión, multa e inhabilitación y mantuviera las figuras de la ejecución condicional, la libertad condicional e incorporara las prisiones de cumplimiento domiciliario como penas autónomas.

III. Breves reflexiones finales

El Proyecto de Código penal 2019 es fruto de un intenso y profundo debate realizado por una Comisión plural, federal y con prácticos del Derecho penal. No se trata del Código de una sola persona, sino del trabajo de más de cincuenta, entre miembros de la Comisión designados en el decreto de creación y sus asesores. En muchos casos los temas fueron aceptados por unanimidad, muchos otros aprobados por simple mayoría y en algunos casos hay disidencias concretas.

No es más que un punto de partida para que ahora, en esta nueva etapa, el Congreso de la Nación discuta sobre cuál debe ser la norma penal de fondo, en un país que hace rato viene necesitando un cambio en esta materia.

Notas finales

- (1) En el decreto también había sido designado el doctor Daniel Erbetta pero su tareas como Presidente del Superior Tribunal de Justicia de la provincia de Santa Fe le impidieron continuar con su trabajo en la Comisión de reforma.
- (2) Mientras trabajaba como Secretario de la Comisión actuaba como Director Nacional de Política Criminal en materia de Justicia y Legislación penal en el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.
- (3) Justicia 2020 es una agenda de trabajo y un sistema de participación ciudadana en la elaboración de proyectos. Se ha centrado fundamentalmente en una plataforma digital del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación que funciona a través de la participación ciudadana directa. Se trata de un espacio de diálogo en el que todos pueden realizar propuestas, compartir ideas y conocer los proyectos que están en marcha para mejorar el servicio de justicia.
- (4) En la Exposición de motivos del Proyecto de Código penal 2019 figuran todas y cada una de las personas que realizaron aportes para la elaboración del Proyecto.
- (5) Es importante recordar al lector que en nuestro país desde 1921 se crearon, contando la que aquí comentamos, dieciocho Comisiones para que elaboraran reformas integrales del Código penal.
- (6) Anteproyecto de Ley de Reforma y Actualización Integral del Código Penal de la Nación (de 2006), elaborado por la Comisión para la Elaboración del Proyecto de Ley de Reforma y Actualización Integral del Código Penal, creada por Resolución Ministerial N° 303 del 14 de diciembre de 2004 y las anexas N° 497/05, 136/05 y 736/06
- (7) Anteproyecto Código Penal de la Nación, realizado por la Comisión para la Elaboración del Proyecto de Ley de Reforma, Actualización e Integración del Código Penal de la Nación, creada por Decreto 678/2012, del 7 de mayo de 2012.
- (8) Sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas en la ley 27.401, la última en incluirla en Argentina, *vid.*, entre otros, *Montiel*, Revista En Letra: Derecho penal, Año IV, número 6, pp. 124-150; *González Guerra/Tamagno*, en Durrrieu/ Saccani (Dir.), Suplemento Especial, La Ley, Buenos Aires, mayo 2018, pp. 1 y ss.; *González Guerra*, en García Caveró/ Chinguel Rivera (coords.), Derecho penal y persona. Libro Homenaje al Prof. Dr. H. C. Mult. Jesús María Silva Sánchez, Lima, 2019, pp. 887-909.
- (9) La muy interesante inclusión de los programas de cumplimiento como factor de disminución de la responsabilidad penal de la empresa o incluso de su exclusión se sostiene justamente sobre la idea de un núcleo de responsabilidad o culpabilidad construido sobre la idea de una organización defectuosa o no virtuosa, en esa línea, *vid. Nieto Martín*, en Kuhlen/ Montiel/ Ortiz de Urbina Gimeno (eds), Madrid et. al., 2013, pp. 21-50.