

LA RECIENTE REFORMA PENAL

Por ADOLFO H. CHIAPPE Y EGIDIO R. ABALSAMO

Las variaciones en los estados sociales, la evolución estructural proveniente de los más diversos campos, tales como la economía, la política, etc., influyen decididamente sobre la organización societaria, provocando el surgimiento de nuevos fenómenos y la desaparición de otros, todo lo cual debe ser captado indudablemente por el derecho, para mantener su validez jurídica, a través de su eficacia fáctica.

Conocida es por todos la ardorosa polémica suscitada en el siglo XIX en los países germánicos, alrededor del problema de la codificación, disputa en la cual a las ideas sólidamente plantadas de la escuela racionalista de Von Thibaut, se opusieron los profundos argumentos de los historicistas, cuya más lúcida materialización la encontramos en las ideas de Savigny.

Aceptada, como lo fue mayoritariamente la idea sostenida por los partidarios de la codificación es indubitable que han de arbitrase los medios para lograr la efectivización de la adaptación de estos cuerpos legales a la realidad social, para evitar que la misma supere a la letra fría y teórica de la ley, aunque recordando siempre que la función del derecho es bipolar: regular lo presente y formar lo futuro.

La profunda crisis sufrida por nuestro país, de carácter multivalente, tanto económica como moral y por ende político sociológica, ha llevado a todo el orden jurídico positivo a una peligrosa situación de divorcio entre lo que se pretende legislar con estas normas jurídicas y lo que ha de ser realmente legislado, estado que si bien se aprecia en todas las ramas del derecho resalta mucho más en el campo del derecho penal por cuanto se convida a infringir a aspectos de la vida organizada en los cuales se hallan en juego intereses cuya lesión surte sus efectos en forma inmediata y general sobre el común de la población.

Es indudable que nuestro Código Penal, mucho más perfecto de lo que a veces se pretende, había quedado algo desubicado con respecto a esa situación de hecho pese a la brillante tarea que los juristas desde el campo doctrinario y los jueces desde el pretorio han venido desarrollando en 40 años de fructífera labor científica.

Por eso es que recibimos con satisfacción el Decreto-Ley 4778/63 con el cual, y pese a algunas mínimas imperfecciones técnicas, se solucionan problemas trascendentales, se cubren lagunas, que en derecho penal resultan imposibles de cubrir, y se corrigen defectos de técnica jurídica existentes en el Código Penal de 1921.

Reformas prácticas eran las exigidas por el Código Penal, y eso es lo que se ha concentrado en la tarea de la comisión designada por el Ministerio de Educación y Justicia, cuya comprensión de lo que exigía el interés de la sociedad es digna de encomio.

Lamentamos únicamente, y que esto no empañe el resultado final, la falta de las actas de los debates que habrían procurado abundante material al intérprete y facilitado la elaboración científica.

Tras esta breve introducción haremos un estudio esquemático de las variaciones sufridas por el Código Penal con un erudito fin constructivo y a los efectos de que este análisis sirva de base a posteriores reajustes eventuales que haya de introducir el Poder Legislativo con oportunidad de la ratificación de dicho Decreto-Ley.

Nuevas circunstancias de homicidio calificado

A las circunstancias agravantes del homicidio, previstas por el art. 80 inc. 2º) del C. P., se han agregado otras, y de tales agregados, pensamos que no todos ellos aparecen justificados en el mismo grado de razonabilidad.

Así, la inclusión de la *codicia* como sentimiento que conforma las motivaciones de una culpabilidad dolosa particular, que por tal caracteriza el hecho homicidio agravado, asume, frente a la enumeración un tanto casuística del homicidio cometido por precio o promesa remuneratoria, el prudente rol de un concepto genérico que permita abarcar todas las hipótesis de una serie de hechos que indudablemente se hallan vinculados por idénticas connotaciones desvalorativas, equivalentes en su odiosidad. No era razonable que por los conocidos argumentos que fluyen de la teoría de la tipicidad y de la función limitadora del tipo penal, escaparan a la punición más severa hechos que por su negatividad y repugnancia arrojan como resultante la creación de un idéntico divalor.

Pero no podemos hacer extensivo este consenso a las otras circunstancias de agravación que se incluyeron en ese inciso.

En primer lugar, observamos que las hipótesis del homicidio cometido *por placer* y el que se perpetra *para satisfacer deseos sexuales* tan sólo aparentemente enuncian una distinta conexidad del elemento subjetivo, como parecerían indicar las distintas preposiciones "por" y "para" que lo vinculan a la acción típica.

Decimos que no se trata propiamente de una conexidad causal ni una y final la otra, porque la finalidad del que mata *para satisfacer deseos sexuales*

resulta ser tan vehementemente reveladora de un impulso del sentimiento, o de la pasión, que el significado de esa expresión, antes que traducir la captación de verdaderas finalidades a las que apunta la acción del sujeto activo, se dirige a considerar motivos muy íntimos que se insertan como la causa eficiente del proceso volitivo del autor.

711

Matar para satisfacer deseos sexuales equivale a decir "matar por sadismo"

Claro está que, siendo capaz la conciencia humana de determinarse según una estimación racional de fines, puede decirse que causa eficiente de los actos voluntarios es la "causa final" en el sentido de la clasificación aristotélica. Pero esta sutil disquisición en el plano que consideramos, solo serviría para borrar lo que entendemos una clara distinción que ha hecho la doctrina penal en unso de vincular elementos subjetivos según una relación de motivo o de fin.

Si bien las dos vinculaciones inducen en definitiva algo expresivo de la personalidad del autor, se trata de formas bastante distintas de valorar esta personalidad. No son pocas idénticas las que se dan considerando que el autor ha sido motivado "por algo" o que éste lo ha hecho "para algo", infundiendo a su acción una intención criminosa específica precisada por el tipo penal.

Lo dicho hasta aquí, nos permite considerar con algún fundamento, vinculadas esas dos agravantes: *por placer* y *para satisfacer deseos sexuales* de la del impulso de perversidad brutal. La primera, porque lo intrascendente del motivo lo revela por sí mismo, siendo que la doctrina de los autores acepta hoy en general que los motivos intrascendentes —y no la falta de motivo alguno— definen al impulso de perversidad brutal, y la segunda, porque lo que hemos intentado demostrar podría de manifiesto en el autor, motivaciones tan intrascendentes como en el que mata por placer, y al fin y a la postre de eso se trata, ya que la satisfacción de los deseos sexuales no constituyen sino una especificación más casuística todavía, del homicidio por placer.

Llegado el caso, la doctrina tendría que hacer un esfuerzo considerable, en procura de una distinción aceptable en la triada "placer", "satisfacción de deseos sexuales" e "impulso de perversidad brutal", esfuerzo que por lo demás, no tendría resultados prácticos, ya que indudablemente esas tres circunstancias se hallan en relación de ley compleja alternativa.

En lo que se refiere a las disposiciones introducidas al inc. 3º), que repeta al homicidio agravado, sea que se cometa por odio racial o religioso o que intervengan dos o más personas, una de las notas más salientes la constituye quizá el hecho de que la ley deje librado a criterio del juez la posibilidad de repetir tales hechos con las penas correspondientes.

Dado que la interpretación literal de estas normas resulta incompatible con principios a los que la doctrina reconoce incluso el respaldo de garantías constitucionales, principio de reserva de las leyes penales, resultaría jurídica-

mente imposible concluir, observando la jerarquía de las distintas leyes—igualmente deducida de nuestra Constitución Nacional—, que el Poder Legislativo ha asignado en los jueces la tipificación de los hechos.

Observemos que esta delegación de atribuciones no podría ser apoyada con el argumento falaz de que ella está contenida en la ley y, en consecuencia, hallándose la pena fundada en ley anterior al hecho del proceso no habría principio constitucional vulnerado, porque ello implicaría desconocer que este principio tiene una significación doctrinal e histórica totalmente coincidente con el plano moderno que hace la teoría de la tipicidad.

Por ello, ese *podrá* debe ser transformado en un *deberá* en virtud de una prudente y razonable interpretación de la disposición en examen, de modo que la labor jurisprudencial deberá quedar relegada a perfilar las características de la concepción del tipo penal, que presuponemos establecido por la ley.

En este sentido, no parece que pueda ofrecer dudas el significado de la agravante por odio racial o religioso, pero lamentablemente, la otra circunstancia agravante —la del homicidio cometido con intervención de dos o más personas— no aparece dibujada con la nitidez que hubiera sido de desear.

En primer lugar, el término *intervención* no determina con suficiente claridad el grado de participación requerido para que se de la circunstancia prevista y así, podría conmensarse que la simple complicidad en grado de participación secundaria estaría abarcada por la agravante, de donde el homicidio cometido con el simple auxilio de un colaborador mediano sería susceptible de reputarse como homicidio agravado, con pena severísima.

Por otra parte, y considerando circunstancias de agravación de características similares —robo arts. 166 y 167, daños art. 184— hubiera sido preferible que la ley tipificara todas estas situaciones, hablando uniformemente de la intervención de tres o más personas.

En punto a los elementos de interpretación que orientarán la aplicación de esta agravante, pensamos que la jurisprudencia deberá aconsejar, como pauta válida, a las expresiones vertidas en el informe de la Subsecretaría de Justicia referentes a este aspecto y que constituyen quizá los únicos elementos de conocimiento directo de la voluntad de la ley.

Al referirse aquel informe a la necesidad de establecer un aumento de pena para todo delito que represente una manifestación de la delincuencia organizada, a ese requisito general quedará sujeto la consideración del hecho previsto por la disposición agregada al inc. 3° que comentamos.

La intervención no podrá ser otra que la participación primaria y la realización de una acción simultánea y aún de algo que implique presencia física simultánea en el lugar del hecho, porque no debemos olvidar que esta característica genérica de la agravante a la que nos referimos, consiste en la de representar un aumento de la potencia agresora del sujeto activo.

Otras inclusiones y reformas

El agregado al art. 126, prevé una forma nueva de consentimiento, consistente en hacer el delincuente de la prostitución su medio habitual de vida.

Desde luego, se requerirá un mínimo de coeficiente físico de la acción típica, consistente en ejercer una influencia dominante sobre la víctima.

La derogación del art. 165 ha tenido por virtud eliminar una cantidad de problemas a que daba lugar la relación de esta norma con la que se refiere al homicidio finalmente conato.

Las otras modificaciones a las agravantes del robo, así como la del delito de daños, consisten en lo substancial en el cambio de criterio referente a la comisión de estos hechos en banda, bastando ahora la simple intervención de tres o más personas. Aquí, vale lo dicho anteriormente respecto al concepto de intervención.

En lo que se refiere a la agregación del inc. 11°) al art. 175, las normas están suficientemente aclaradas en el informe de la Subsecretaría de Justicia, que se refiere al hecho del aumento de la propiedad horizontal y la malicia de algunos que se dedicaban habitualmente a esta clase de operaciones, lo que hacía necesario dar una vuelta penal a los compradores de buena fe que subscribían boletas de compraventa abonando parras en calidad de señas, siendo luego rescindidas estas operaciones para dar lugar a maniobras de carácter especulativo o enriquecimiento liso y llano de los presuntos vendedores en perjuicio de los compradores.

ACUSACION CALUMNIOSA: El texto primitivo del artículo 245 fue introducido en el Código Penal por la ley 13569. Esta ley, a su vez, hubiese inspirado en el Código Penal Italiano de 1930, lo cual creaba una situación contradictoria, que desafortunadamente es muy común en nuestro código.

En efecto, la figura de acusación calumniosa tal como la estructurara el Código Rocco resulta perfectamente coherente en aquel cuerpo legal, pues sólo constituye delito contra la correcta administración de justicia, pero su trasplante a nuestra ley positiva resultó sumamente inconveniente, pues con esta redacción se pone en conflicto la figura de este artículo 245 con la tipificada por el artículo 109.

La jurisprudencia, en su tarea constante de creación, según la concepción jusfilosófica del logicismo jurídico kelseniano y de la escuela de Magburgo, tras ciertos tanteos había llegado a la conclusión de que mientras el art. 109 era aplicable en aquellos casos en que se imputaba un delito a persona determinada, fuera o no ante la autoridad; mientras que el delito de falsa denuncia se configuraba cuando sólo se hacía la denuncia de un delito falso sin determinar el autor del mismo.

Según el texto de la reforma, la falsa imputación de un delito, realizada ante la autoridad competente, constituirá el delito de acusación calumniosa,

se haya o no determinado su autor, correspondiendo aplicar las reglas del concurso ideal en el caso de haberse determinado el mismo, según resulta del agregado final de dicho artículo. Concurso ideal, aclaramos, entre este artículo 245 y el artículo 169.

COMERCIOS: Las reformas que introduce el art. 15 del decreto-ley mencionado al artículo 219 del Código Penal, son susceptibles de críticas profundas, por cuanto en caso de mantenerse su redacción actual, su aplicación dará lugar no sólo a graves problemas de carácter constitucional, sino también a peligrosas arbitrariedades que indefectiblemente producirán la quiebra de principios básicos del Derecho Penal.

Nada hay más peligroso para la seguridad y libertad de los ciudadanos de un régimen democrático que un jurista influenciado por la muy voluble y muchas veces dirigida opinión pública. El hecho de que en los últimos años se haya padecido una grave crisis moral y económica, que mostró una peligrosa tendencia en los hombres encargados de conducir la marcha de la administración pública a disponer de bienes destinados a la misma, bajo las más variadas formas, no nos autoriza a introducir en nuestro orden penal normas violatorias de principios básicos en que descansa nuestra organización constitucional.

El art. 15 citado nos dice: "Será reprimido... el funcionario público que... no quisiere o no pudiese justificar ante la autoridad competente, cualquier incremento impropio de su patrimonio".

De inmediato y tras una simple lectura del texto, acuden a nuestra mente las palabras de nuestros maestros, los doctores Soler y Ure, cuando nos dicen, refiriéndose a otros tipos, que por desdicha abundan en el Código, que pareciera pensarse al sujeto por el hecho de no probar su inocencia, estableciéndose una científica inversión de la prueba, una verdadera presunción de culpabilidad, en su misma especie de presunción que es blanco del ataque constante del maestro de Pisa, Francisco Carrara, prueba que por otra parte tórnase casi imposible por su carácter negativo.

Pero no cesa aquí nuestro ataque, y perdonémosnos esta postura beligerante, pero necesaria, pues cuando están en juego principios básicos del Derecho Penal toda energía es poca, y no cesa porque recordamos que el artículo 18 de la Constitución Nacional contiene un precepto por el cual "Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo" del cual se prescinde peligrosamente en esta reforma, ya que si el funcionario hubiera obtenido los ingresos injustificados a resultas de una defraudación, por ejemplo, se le estaría exigiendo ese tipo de declaración de la cual lo exime el artículo mencionado de la Carta Fundamental.

PECULADO: El artículo 261 del Código Penal ha sufrido un agregado que introduce el art. 16 del presente decreto-ley. Con el mismo se ha buscado remediar un hecho que en la redacción anterior escapaba a la sanción de la justicia, pese a su evidente entidad delictuosa, tal el peculado de uso,

cuya incriminación pretendió buscar Soler a través de una construcción doctrinaria, sin encontrarla como consta en el Tomo V de su Tratado.

Sin embargo creemos que se ha delinado una omisión que urge salvar, no pena que acciones de indudable gravedad resulten impunes.

En efecto el susodicho agregado pena al "funcionario público que emplease en provecho propio o de terceros, trabajos o servicios pagados por una administración pública", texto que plantea sin lugar a dudas, el grave problema de si se incrimina o no el peculado de uso referido a cosas muebles, destinadas por el Estado a una cierta función, como ser automotores oficiales, máquinas de calcular, útiles de oficina, etc.

Es indudable que los términos *trabajos y servicios* no podrán extenderse a estos casos, de conocida existencia práctica, sin incurrir en analogía. Por eso es que creemos conveniente que se arbitre la solución necesaria para que la presente disposición comprenda dichas acciones.

ENCUBRIMIENTO: La reforma que introduce el artículo 17 al artículo 277 del Código Penal Argentino tiene por objeto incriminar una acción que con la anterior redacción resultaba atípica.

En efecto, la recepción del inciso 3º del artículo 277 no abarcaba aquellos casos en que el receptor recibía en donación los efectos susodichos, laguna legal convenientemente cubierta por la presente reforma.

EVASION: Las reformas introducidas en el artículo 280 no hacen a la ontología, a la entidad jurídica del delito, sino a los aspectos extrínsecos de las penalidades aplicables en el tipo simple y en las agravadas.

Es oportuno que sólo analizaremos el problema que plantea las escalas penales de las agravaciones, en las cuales creemos encontrar las siguientes deficiencias:

- I) En el caso de causarse lesiones graves, la pena establecida (2 a 6 años) sólo resulta agravada respecto al tipo del artículo 90 en su mínimo y no en su máximo.
- II) En el caso de que se produjeran lesiones gravísimas, el defecto es aún mayor, pues pese a la existencia de dos delitos (evasión y lesiones) sólo se pena las lesiones, puesto que la escala penal es idéntica a la del artículo 91.
- III) Con respecto al caso de producirse el resultado muerte, las penas establecidas no guardan concordancia con las establecidas para otros delitos calificados por el resultado, como resulta de comparar las escalas penales de este tipo con las de los artículos 124 y 185 inciso 3º.

A todo lo que antecede podría plantearse este interesante problema: ¿Se trata de resultados preterintencionales? Creemos que esta debe ser la interpretación correcta, pues si así no fuera, se habría creado un problema.

en el caso de que el resultado fuera *maior*, similar al planteado por el artículo 163 con relación al artículo 80 inciso 3°, que con aciertoadamente fuera resuelto por esta misma comisión.

Pero si bien podemos afirmar esto cuando el resultado haya sido *maior*, no creemos que sea prudente extender la interpretación al caso de lesiones, pues sabida es la negativa de la opinión doctrinaria mayoritaria a aceptar el tipo *pericritinacional*, no legislado en el Código, pese a la complicada elaboración doctrinaria de Sebastián Soler.

DEL PAGO DE CHEQUE SIN PROVISIÓN DE FONDOS: La inserción de las disposiciones previstas por Sebastián Soler en su proyecto de Código Penal, constituyen un acierto de la Comisión encargada de la readaptación del Código Penal.

En efecto, gracias a esta inclusión se han solucionado una serie de problemas técnicos que planteaban a los tribunales acciones evidentemente adpicas, que obligaban a declarar la impunidad de acciones de indubitable esencia delictiva. Tal la acción de librar cheque teniendo provisión de fondos, dando contraorden al Banco sobre su pago, que había sido objeto de un trato demasiado benigno hasta no hace mucho tiempo por nuestra jurisprudencia. Igualmente con respecto a la acción de librar un cheque en formulario ajeno con la firma propia, que no caía bajo las figuras de falsedad, ni bajo la de expedición de cheque sin fondos. Y por último el caso de aquellos, que libraban cheques sabiendo maliciosamente que en el momento de su presentación no podrían ser pagados por el Banco por existir impedimentos legales (embargos, concurso civil, etc.).

Para terminar con este breve estudio digamos que en el apartado final del pretense artículo se ha introducido una doble importante modificación referida al momento consumativo y a la causa de exención.

En efecto, según resulta del texto legal, el delito se consumará ahora con el solo libramiento del cheque, a diferencia que en el texto anterior en que el delito era acción plurisubistente, constituida por una acción positiva, librar el cheque, y una omisión, no pagarlo dentro de las 24 horas del protesto. En la actualidad eso constituye sólo una causa de exención de la pena, y para eximirse de pena es indudable que era debió poder ser aplicada, o sea que el delito debió haberse consumado.

La segunda de las reformas consiste en el hecho de la inclusión de la palabra *subsiguente*, con lo cual el plazo para acogerse a la exención de pena se prolonga de las 24 horas a las 48 horas, pues ahora se trata de las 24 horas siguientes de las 24 horas que siguen al protesto habido.