

# La recodificación penal en marcha

Una iniciativa ideal para la racionalización legislativa

*Daniel R. Pastor*

Profesor titular regular de Derecho Penal y  
Procesal Penal, Facultad de Derecho, UBA.

## I. Pensar en derecho penal recodificado

Acaba de ser puesta en marcha entre nosotros, con la mayor seriedad imaginable, una iniciativa para la recodificación de la legislación penal por medio de la creación de una “Comisión para la Elaboración del Proyecto de Ley de Reforma, Actualización e Integración del Código Penal de la Nación”.<sup>1</sup> Se trata de un plan admirable que tiene las mejores cartas para lograr (re)construir un Código Penal que resulte adecuado al modelo liberal y humanista impuesto en la materia por los textos políticos fundamentales de nuestro Estado constitucional y democrático de derecho. La tarea de la Comisión está presidida por E. Raúl Zaffaroni (Profesor Emérito de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires). Sin duda se trata del codificador ideal para este proyecto. Es destacable asimismo el pluralismo partidario que ha sido tenido en cuenta para la designación de los demás integrantes de una –como debe ser– reducida comisión, para cuya conformación concreta se seleccionó, en representación de cada partido escogido, a exponentes con alta capacidad técnica.<sup>2</sup>

1. Art. 1° del decreto N°678/2012 del Poder Ejecutivo Nacional, de 7 de mayo, publicado en el B.O. del día siguiente.

2. El art. 4.° del decreto designa a Zaffaroni como Presidente de la Comisión que integran también los diputados Ricardo Gil Lavedra (Unión Cívica Radical) y Federico Pinedo

La reforma iniciada tiene la finalidad explícita de integrar en un solo cuerpo normativo toda la legislación penal hoy dispersa y desarmonizada por una descodificación que ha alterado el equilibrio y la proporcionalidad que deben tener las disposiciones represivas, con lo cual se ha afectado la sistematicidad normativa, aspecto de la legislación penal que no es un adorno intelectual, sino garantía de efectividad de los principios de legalidad y culpabilidad (seguridad y previsibilidad), que son el corazón del derecho penal liberal.

En este trabajo presentaré, a grandes rasgos, el estado de la situación metodológica de la legislación penal (II), los lineamientos de la recodificación dispuesta por el decreto 678/2012 (III), los instrumentos jurídicos que deben acompañar dicha reintegración legislativa para asegurar sus fines (IV), la justificación de la necesidad de extender este plan de trabajo al derecho procesal penal (V) y unas conclusiones (VI). Todo el análisis de la cuestión tratada está inspirado por el estilo de “pensar en derecho” que propone esta nueva y atractiva publicación de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires (¡otra buena noticia!) y que pretende, como la recodificación penal, recuperar calidad donde se había perdido, en el caso de esta revista para que nuestra Casa vuelva a difundir, hoy aprovechando los avances tecnológicos, reflexión jurídica seria, crítica y tolerante.

## II. Descodificación y caos en el derecho penal

La legislación penal está completamente desquiciada.<sup>3</sup> Sólo de un modo irónico es posible hablar de orden jurídico penal. Muy lejos de ello, la realidad muestra que, en verdad, vivimos en un absoluto *caos jurídico*. Si simplificamos drásticamente el análisis veremos que esta situación responde a dos razones, cada una de ellas asentada en sendos modelos o estilos culturales: (a) el acrecentamiento desmesurado e incontenible del número de las conductas calificadas como delictivas por la ley y castigadas desproporcionadamente (fenómeno denominado corrientemente como “inflación de

---

(Alianza Propuesta Republicana) y los abogados María Elena Barbagelata (Partido Socialista - Frente de Acción Progresista) y León Carlos Arslanián (Partido Justicialista).

3. En todo lo que sigue relativo a descodificación y recodificación sigo mi investigación de 2004 publicada al año siguiente: Pastor, D. R., *Recodificación penal y principio de reserva de código*, Buenos Aires, 2005.

las leyes”,<sup>4</sup> “inflación penal”,<sup>5</sup> “expansión penal”,<sup>6</sup> “conformación paquidérmica” de las incriminaciones punitivas<sup>7</sup> o “hipertrofia del derecho penal”<sup>8</sup> que se funda en la consideración simbólica del aparato represivo como remedio exclusivo para todos los males sociales (“panpenalismo”);<sup>9</sup> y (b) la deficiente calidad descriptiva de los tipos penales que, producto de la ilusión panpenalista, ha llevado a la legislación punitiva a desbordar los límites de la *lex certa* para tratar de llegar a comprender la mayor cantidad posible de desviaciones, aunque lo haga de un modo tan ambiguo e incierto como inconstitucional.

Esta situación se funda en un desprecio profundo por el carácter fragmentario y subsidiario del derecho penal y por el principio *nullum crimen* y sus manifestaciones derivadas,<sup>10</sup> pero también es palpable el descuido de las reglas de la técnica legislativa penal que procuran preceptos homogéneos que respeten una determinada unidad de elaboración y que estén ordenados formalmente con arreglo a ciertos criterios racionales (código) para que de esa forma garanticen también el principio de estricta jurisdiccionalidad en la aplicación de las leyes penales por parte de los cuerpos judiciales.<sup>11</sup>

4. Ver Carbonnier, J., *Ensayo sobre las leyes*, trad. de L. Díez-Picazo, Madrid, 1998, p. 237.

5. Ver Ferrajoli, L., *Derecho y Razón*, trad. de Perfecto Andrés Ibáñez et al., Madrid, 2001, p. 700 y ss.; Maier, J., “¿Es posible todavía la realización del proceso penal en el marco de un Estado de derecho?”, en *¿Más Derecho?*, N°1, 2001, p. 267 y ss.; Demetrio Crespo, E., “Del ‘derecho penal liberal’ al ‘derecho penal del enemigo’”, en NDP, Buenos Aires, 2004/A, p. 47 y ss.

6. Ver Silva Sánchez, J., *La expansión del derecho penal*, Madrid, 2001.

7. Ver Maiello, V., “Riserva di codice e decreto-legge in materia penale: un (apparente) passo avanti ed uno indietro sulla via del recupero della centralità del codice”, en AA.VV., *La riforma della parte generale del Codice penale*, Napoli, 2003, p. 160.

8. Ver Maurach, R./Zipf, H., *Strafrecht AT*, Heidelberg, 1992, t. I., p. 25; Palazzo, F., “Principio de última ratio e hipertrofia del derecho penal”, trad. de N. García Rivas, en Arroyo Zapatero, L. et al. (comps.), *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos. In memoriam*, Cuenca, 2001, p. 433 y ss.

9. Ver Ferrajoli, L., *Derecho y Razón*, op. cit., p. 702.

10. Ver Maier, J., “¿Es posible todavía la realización del proceso penal en el marco de un Estado de derecho?”, en *¿Más Derecho?*, N°1, Buenos Aires, 2001, p. 272 y ss.

11. Ver Ferrajoli, L., “Legalidad civil y legalidad penal. Sobre la reserva de código en materia penal”, trad. de N. Guzmán, en *CDJP*, Buenos Aires, N°15, p. 15 y ss.

Zaffaroni justamente ha dicho al respecto que “si observamos el curso de nuestra legislación penal a partir de la pasada década, tendremos la sensación de que se ha operado un grave desorden que va en serio aumento, y, sin duda, vista en panorámica general –esto es, sin desmedro de reconocer aciertos aislados– se proyecta en una notoria pérdida de calidad y nivel técnico. Las urgencias políticas inmediatas y frecuentemente mal entendidas, han reemplazado al estudio detenido y al debate fructífero. La dispersión legislativa nunca fue tan evidente y las marchas y contramarchas, obedientes a consignas circunstanciales, han llevado a nuestros legisladores a una situación que puede tornarse caótica”.<sup>12</sup> La profecía del maestro se ha cumplido.<sup>13</sup>

Por tanto, nos encontramos ante una situación patológica comprobada de “descodificación penal” que ha conducido a un verdadero “caos jurídico penal”. Esta descodificación,<sup>14</sup> este legislar penalmente *extra codicem* se expresa en la emisión, prolífica y ya inabarcable, de miles de figuras delictivas, muchas veces con sus propios principios generales y sus propias reglas procesales, que no integran los códigos respectivos (leyes complementarias, especiales o delitos y procedimientos creados por leyes no penales). Esta modalidad de legislar no respeta los principios de fundamentación técnica y axiológica que un código busca asegurar (armonía, racionalidad, centralización, congruencia, igualdad, vigencia efectiva de las disposiciones de la parte general, certeza, accesibilidad, inteligibilidad, seguridad jurídica, etc.). Además, el “modo descodificar” es empleado también en las reformas a los propios códigos que, asistemáticamente, no respetan la mayoría de los cánones apuntados tampoco si esas modificaciones legales se introducen al código, porque en cierto sentido son, en los hechos, también reformas “extra-código” aunque formalmente sus disposiciones sean agregadas grosera e irreflexivamente al código. Común a ambos casos –y signo distintivo de la

12. Zaffaroni, E. R., *Tratado de Derecho Penal*, Buenos Aires, 1987, t. I, p. 458.

13. Muy ilustrativa sobre la situación es la conferencia de Zaffaroni “La destrucción total del Código Penal Argentino” que es posible ver en la Sección “Nuestros maestros del derecho” de la página web de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires ([http://www.derecho.uba.ar/multimedia/v\\_zaffaroni\\_01.php](http://www.derecho.uba.ar/multimedia/v_zaffaroni_01.php)).

14. Sin embargo, Díez Ripollés, J., *La racionalidad de las leyes penales*, Madrid, 2003, p. 71, considera que el derecho penal “sigue estando sustancialmente contenido en los códigos”, pero reconoce que su racionalidad es asediada “mediante un notable incremento de leyes especiales” (ver también p. 81).

legislación descodificada— es el debilitamiento de las exigencias del principio *nullum crimen* en favor de una técnica legislativa vaga y ambigua que permite captar, por aluvión de prohibiciones inciertas, la mayor cantidad de conductas posibles, condenando a muerte, por este medio, el mandato de determinación, el principio de certeza del derecho y el sentido constitucional de la ley penal previa.

No debería perderse de vista que no es la primera vez en la historia todavía reciente que la expansión punitiva desbarata a la Democracia y al Estado de derecho. La ideología penal del nacional-socialismo reemplazó precisamente el *nullum crimen sine lege* por el *nullum crimen sine poena*, con el sentido de que todo lo que fuera considerado disvalioso tuviera su justo castigo aunque ninguna ley lo previera expresamente.<sup>15</sup> Es preciso vincular, aunque suene a una insistencia, la descodificación con el recrudescimiento punitivo, conexión que no es casual en tanto que la codificación es hija del liberalismo penal e instrumento de protección frente a los autoritarismos punitivos (o *Blumbergstrafrecht* según la célebre descripción de Maier).

Contra todos estos estragos reconocidos de la legislación penal, que se concentran en la expresión descodificación, la reforma iniciada ofrece muy interesantes perspectivas de superación de este estado de cosas tan deprimente.

### **III. La recodificación en marcha**

El Código Zaffaroni, que será el producto de la reforma iniciada por el decreto 678/2012, tendrá unas características muy específicas que se resumen en el ideal de poner en sintonía la ley penal con el régimen jurídico de los derechos fundamentales del individuo.<sup>16</sup> Así, lo primero que destaca el plan de trabajo es la necesidad de devolver a nuestra legislación punitiva el sesgo marcadamente liberal del Código de 1921, que, como lo destaca el

15. Ver Prittwitz, C., “El derecho penal alemán: ¿fragmentario? ¿subsidiario? ¿ultima ratio?”, trad. de M. Castiñeira Palou, en AA.VV., *La insostenible situación del derecho penal*, Granada, 2000, p. 440; Silva Sánchez, J., “¿Nullum crimen sine poena? Sobre las doctrinas penales de la ‘lucha contra la impunidad’ y del ‘derecho de la víctima al castigo del autor’”, en Revista *Derecho Penal y Criminología*, Vol. 29, N°86-87, Bogotá, 2008, p. 150.

16. Derecho constitucional y derecho internacional de los derechos humanos.

decreto citado, abolió la pena de muerte, introdujo alternativas a las penas privativas de la libertad y rechazó las influencias fascistas del positivismo criminológico de la época.

Del Código de 1921 la reforma encarada hace notar también que fue “el primer cuerpo normativo que unificó la totalidad de la legislación penal; hasta entonces dispersa e inarticulada”. De modo que frente a los estragos de la caótica obra descodificadora de las últimas décadas, el decreto 678/2012 propone llevar a cabo “una reformulación integral y totalizadora de la legislación penal”. Con este objetivo la Comisión creada trabajará “en la actualización e integración de la legislación penal *en un único cuerpo normativo*”.

Para la reforma la recodificación no es una opción, pues rige entre nosotros un “mandato expreso de codificación contenido en el inciso 12 del artículo 75 de la Constitución Nacional”. Por medio de la recodificación el plan persigue que no se obstruya la sistematicidad del régimen punitivo, que no se ponga en cuestionamiento el principio que dispone que la ley penal se reputa conocida y que no se altere “el equilibrio y la proporcionalidad que deben guardar entre sí las escalas penales de los distintos delitos”.

Otra ventaja de la iniciativa en análisis, respetuosa del arquetipo penal sobrio del Código del 21, puede ser vista en la metodología de no introducir conceptos en el código, de modo que la doctrina, tal como lo ha propuesto desde la ciencia Sancinetti,<sup>17</sup> no esté encadenada por definiciones que obstruyan el desarrollo del pensamiento dogmático que se reflejará después en la evolución jurisprudencial.

En cuanto a otras líneas de principio, que también son parte de los papeles de trabajo de este proyecto de recodificación, se pueden citar, siempre en consonancia con el espíritu liberal en el que está inspirada la reforma establecida por el decreto 678/2012, cumplir al máximo con el principio de estricta legalidad en la determinación de las figuras penales sin caer en el casuismo, respetar cabalmente los principios de derecho penal de acto, de culpabilidad, de responsabilidad subjetiva, de lesión y peligro efectivo. Se busca igualmente armonizar el sistema de penas y medidas restableciendo la

17. Sancinetti, M., *Dogmática del hecho punible y ley penal*, Buenos Aires, 2003, p. 15 y ss.

proporcionalidad en las escalas en consonancia con la gravedad de la ofensa y la necesidad de compensar la culpabilidad del autor.

Uno de los puntos culminantes de esta proposición de reforma de la legislación penal reside en la idea reductora de la legislación represiva que está implícita en el ideal de derecho penal codificado. En efecto, los fines de integrar y armonizar requieren también que la masa de prohibiciones penales de la actualidad resulte minimizada. El carácter subsidiario y de *ultima ratio* del derecho penal ha resultado categóricamente desmentido por la legislación inflacionaria del último medio siglo de disparates parlamentarios. Leyes penales complementarias, normas punitivas especiales, tipos penales incorporados a cualquier régimen jurídico –de la ley de “riesgos del trabajo” hasta la de “lucha contra el alcoholismo”–<sup>18</sup> han invadido todos los rincones de la vida cotidiana con su brutalización punitiva para domesticar a las personas.<sup>19</sup>

Frente a ello, la codificación no implica únicamente la incorporación armónica, sistemática y proporcionada de esas figuras a la parte especial del código, la codificación, especialmente una que tome como modelo a seguir el Código Penal de 1921 y que siga las reservas de Zaffaroni frente al poder represivo, exige un código breve (“un libro de bolsillo”)<sup>20</sup> compatible con el derecho penal mínimo que reclama la ciencia como único modelo de legislación punitiva adecuado –y apenas– al Estado constitucional y democrático de derecho.

Por último, es también elogiable que la Comisión redacte su proyecto recurriendo al empleo, como fuentes, de los avances técnicos de los mejores modelos de nuestro tiempo, tomando en consideración los códigos penales más significativos de las últimas décadas.

Las líneas de trabajo de la Comisión recodificadora son excelentes; quedan aquí abiertas las cuestiones de detalle, muchas de las cuales no son

18. Leyes 24.557 y 24.788, respectivamente. Por eso Maier no exagera cuando en sus clases y conferencias refiere que un Código Civil de la época represiva inflacionaria hubiera contenido un capítulo final de disposiciones penales.

19. Como ha sostenido Hassemer, “un derecho brutal embrutece el proceso sancionador de la vida cotidiana” (Hassemer, W., Por qué no debe suprimirse el Derecho Penal, trad. de M. Ontiveros Alonso, México, 2003, p. 16).

20. Ver Tomás y Valiente, F., Manual de historia del derecho español, Madrid, 1983, p. 501.

todavía conocidas, pero que deben gozar del crédito de acierto que tiene la política criminal liberal que funda este modelo de reforma y de la confianza que despierta la sabiduría y moderación del codificador y sus colaboradores.

#### **IV. Instrumentos de garantía de la recodificación**

La evolución y consolidación de la codificación penal demuestra, ante todo, que codificación significa mucho más que una agrupación de normas de una misma materia en un único cuerpo normativo. Tampoco se trata de una búsqueda ingenua y quimérica de perfección y permanencia legislativa. Se trata, antes bien, de conseguir un producto capaz de limitar la arbitrariedad punitiva de un modo realista.<sup>21</sup> La metodología codificadora es, en este sentido, un instrumento al servicio de la vigencia efectiva de los derechos fundamentales, tal como lo destaca la Comisión de reforma establecida por el decreto 678/2012. De ahí el vínculo estrechísimo, también histórico, que la codificación ha tenido y tiene con el constitucionalismo moderno.<sup>22</sup>

Pero ya se sabe: no hay cadena más fuerte que su eslabón más débil. Por esto, la recodificación tendría que ser garantizada con instrumentos jurídicos que eviten volver a la descodificación a la cual tiende con agrado el poder punitivo. Por ello, la metodología recodificadora planteada en el apartado anterior no puede ser concebida sin todos los instrumentos que brinden al sistema la seguridad de que serán respetados los principios, englobados en el método codificado de legislación, de subsidiariedad (*ultima ratio*), mínima intervención (derecho penal mínimo), estricta determinación de las prohibiciones penales, del tipo de sanción y de su extensión (legalidad penal) y de simple accesibilidad a la legislación punitiva, que es requisito básico del reproche penal (principio de culpabilidad). Todo ello aun cuando no se trata más que de una tendencia hacia un perfeccionamiento inalcanzable.

21. Retumban aquí las ideas del Contrato social de Rousseau (1762) acerca de los presupuestos que deberían cumplir el legislador racional: 1) conocer todas las pasiones humanas; 2) que su felicidad no dependa de sus leyes; 3) tener compasión por el género humano; y 4) no buscar la gloria del momento (cito por medio de Zapatero, V., “El arte ilustrado de legislar”, publicado como introducción a la obra de J. Bentham, *Nomografía o el arte de redactar leyes*, trad. de C. Pabón, Madrid, 2004, p. L).

22. Ver Pastor, *Recodificación...* (cit. N°3), p. 97.



Así y todo es preciso tender a ello y el producto del intento será sin duda algo mucho mejor que el actual caos en el que se halla la legislación penal.

Para fijar la codificación deberían ser empleados unos materiales algo infrecuentes. Estos instrumentos pueden derivarse, con dificultades para fundamentarlos y arriesgándose argumentalmente, en la naturaleza constitucional de la codificación, ya señalada.<sup>23</sup> Por eso también es pensable un compromiso del legislador para que, en “modo autolimitación”, respete unas reglas imprescindibles para que la codificación sea verdadera, a pesar de que quedará librado a su voluntad suprimirlas con un suave golpe de su pluma legisferante.

La herramienta para asegurar la (re)codificación es la “reserva de código”. Bentham ha sido el precursor del principio: “Todo lo que no esté en el *cuerpo de las leyes* no será ley”.<sup>24</sup>

Ferrajoli, el mayor y mejor difusor contemporáneo de esta idea, nos habla de la introducción del principio de reserva de código, según el cual todos los delitos y todas las penas deben estar previstos en el código penal y que ninguno pueda ser introducido sin modificarlo.<sup>25</sup> Para el maestro de Roma, el fortalecimiento del principio de legalidad material requiere la recodificación sistemática y ésta la garantía de la reserva de código, para lo cual propone “la sustitución de la simple reserva de ley por una *reserva de código*, en virtud de la cual no podría introducirse ninguna norma en materia de delitos, penas o procesos penales si no es a través del texto del código penal o procesal, a aprobar por un procedimiento agravado. Se obtendría así una recodificación de todo el derecho penal sobre la base de una metagarantía frente al abuso de la legislación especial, idónea para poner fin al caos existente y para proteger los códigos de la arbitrariedad”.<sup>26</sup>

23. En los considerandos del decreto 678/2012 se reconoce, como ya se mencionó, el mandato constitucional expreso de codificar la legislación penal impuesto por el art. 75, inc. 12, de la CN. Suscribo desde hace años esta misma idea (ver Pastor, Recodificación... [cit. N°3], p. 245 y ss.

24. Cito por medio de Marí, E., “La interpretación de la ley. Análisis histórico de la Escuela Exegética y su nexa con el proceso codificador de la modernidad”, en AA.VV., *Materiales para una teoría crítica del derecho*, Buenos Aires, 1991, p. 267.

25. Ferrajoli, L., *Legalidad civil y legalidad penal*, cit., p. 24 y ss.

26. Ferrajoli, L., “Pasado y futuro del estado de derecho”, en Carbonell, M., *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, 2003, p. 23 (destacado original), donde pueden ser vistas

Esta reserva de código se expresa en varios subprincipios que contribuyen a resguardar el derecho codificado. Uno de ellos es, evidentemente, el de exclusividad del código. Toda la materia punitiva (parte general, parte especial y ejecución penal) tendría que estar contenida en un único cuerpo de normas, en el cual todas las figuras penales y sus conexiones con las disposiciones generales estén armónica y sistemáticamente ensambladas.<sup>27</sup> No tiene valor en derecho penal ni resultará aplicable norma alguna que no esté contenida en el código.

Para que sea real el anhelo de un derecho penal mínimo –y duradero como tal– el nuevo Código Penal debería tener un número máximo de delitos. En esto confluyen las ideas de moderación penal con las que son propias de toda codificación. La exigencia misma de que el derecho penal sea claro y conocido únicamente puede ser cumplida si el número de preceptos es relativamente reducido. A su vez, sólo un número respetablemente contenido de figuras penales puede asegurar la interpretación sistemática de todo el cuerpo. Ya lo escribió Alberdi: “La idea de un código representa en sí misma la necesidad de abreviar, simplificar y reducir una legislación numerosa y complicada. Así, *un código largo* es un contrasentido”.<sup>28</sup>

Esto impone que el proceso recodificador deba cerrar el camino no sólo a la descodificación por la descentralización de un legislar extra-código, sino que debe evitar la expansión intra-código. Para ello, el nuevo Código Penal tendría que fijar un número máximo de figuras que no pueda ser superado en el futuro, de modo que cuando resulte verdaderamente necesaria la incorporación de una nueva figura se deberá escoger también la eliminación de una de las existentes. Dicho alegóricamente, también el legislador penal está limitado a jugar con un número fijo de jugadores, de modo que si quiere incorporar uno fresco debe indicar simultáneamente el nombre del que

---

también, en n.º 10, todas las ocasiones en las cuales Ferrajoli desde hace mucho tiempo, se viene refiriendo a este principio.

27. Lo mismo rige respecto del derecho adjetivo: todos los preceptos del derecho procesal penal y también del derecho de la organización judicial deben estar sistemáticamente elaborados y contenidos en un único código (ver, sobre esto último, el art. 2.º del Anteproyecto de Código Procesal Penal de la Nación, de 2003, elaborado por la Dirección Nacional de Política Criminal del Ministerio de Justicia de la República Argentina).

28. Alberdi, J., “El Proyecto de Código Civil para la República Argentina” (1868), en id., *Obras Completas*, Buenos Aires, 1880, p. 99.

abandonará, en su lugar, el campo de juego. Esto sirve también para corregir el déficit de la política criminal actual que aumenta desmedidamente el ámbito de lo punible tomando en consideración puntos de vista de justicia y, sin embargo, a pesar de la abierta injusticia de muchas normas penales son derogadas muy pocas.<sup>29</sup>

Si bien no sabemos aún cuáles son los alcances del derecho penal mínimo, al menos con el principio del *numerus clausus* de figuras delictivas a incorporar en el código se puede ya tener el molde en el cual el derecho penal mínimo encontraría su contenido máximo tolerable. Claro es que fijar ese número es también una tarea difícil, con muchas variantes, casi siempre determinadas por meras preferencias, que pueden ser consideradas dentro de lo aceptable, aun en un esquema de derecho penal mínimo. El nuevo Código Penal debería establecer ese número, pero falta resolver todavía cuál tendría que ser ese número, cuestión que aquí también se dejará relativamente abierta.<sup>30</sup> El Código del 21, como lo ha indicado desde siempre Zaffaroni,<sup>31</sup> es un buen punto de partida, que requiere, como lo sabe la Comisión redactora de la reforma, una actualización que retire lo que ya es nieve de ayer e incorpore algunas novedades aceptables.

El nuevo Código Penal debería ser aprobado (o desechado) por el parlamento en un debate “a todo o nada”, sin posibilidad de sancionar una versión distinta de la presentada por la Comisión creada por el decreto 678/2012. Este procedimiento, conocido como “aprobación a libro cerrado”, es el típicamente empleado para los códigos. En verdad, si la codificación tiene algún sentido sistemático defendible –y creo que ello evidentemente es así– sólo el libro cerrado asegura la calidad técnica de la obra y su armonía sistemática.<sup>32</sup> Por ello, el texto del Código Penal que presentará la Comisión Zaffaroni deberá ser preservado de toda discusión parlamentaria posterior que lo

29. Ver Prittwitz, C., “El derecho penal alemán: ¿fragmentario? ¿subsidiario? ¿última ratio?”, *op. cit.*, p. 441.

30. He tratado con algún detalle mayor esta propuesta, aunque algo caprichosamente, en Pastor, *Recodificación...* (cit. N°3), p. 182 y ss.

31. “En mi opinión, considero que habría que volver al texto [del Código Penal] de Rodolfo Moreno, de 1921” (entrevista publicada en *La Nación*, Buenos Aires, 13.2.2005[[http://www.lanacion.com.ar/EdicionImpresa/politica/nota.asp?nota\\_id=679347](http://www.lanacion.com.ar/EdicionImpresa/politica/nota.asp?nota_id=679347)]).

32. Ver Pastor, *Recodificación...* (cit. N°3), p. 237 y ss.

modifique y altere el funcionamiento del conjunto. La Comisión de trabajo tiene una integración plural y ha abierto una instancia amplísima de consulta a la comunidad para recibir de ésta sugerencias y opiniones que serán consideradas en la elaboración del nuevo Código Penal. Esto ya es garantía de discusión democrática sobre el proyecto. Por lo demás, el Parlamento tendrá el momento decisivo de expresión final de la voluntad popular, dado que, después de toda el debate que sea necesario, tendrá la resolución de aprobar el código o rechazarlo según el producto de esa disputa.

Otro problema vinculado a la reserva de código se refiere a la cuestión de cómo asegurar la codificación sin caer en una cristalización socialmente inútil de la legislación penal. No es posible desconocer que la cambiante realidad social, con su complejidad y todos sus componentes atendibles (políticos, económicos, culturales, etc.), exige cambios necesarios y aceptables en la selección de los supuestos a punir y en las demás reglas jurídicas que operan asociadas a ello (especialmente el derecho procesal penal y el derecho de la organización judicial).<sup>33</sup> Pero también es cierto que por sus propias circunstancias de funcionamiento y especialmente por tratarse de la más violenta de las reacciones sociales, la reforma del régimen punitivo tendría que ser administrada con un análisis previo, detenido y profundo, acerca de su conveniencia técnica y de su impacto en el sistema, de modo que ya por naturaleza y definición el derecho penal no puede correr detrás de todos los cambios y latir a la par de ellos. Por lo contrario, hay que admitir que siempre va a ir detrás y muy detrás, pues es un instrumento que no resulta competente para las enormes responsabilidades que actualmente, aunque sólo sea en símbolos, se le asignan.

Correcto en esta cuestión es derivar del método codificado y de la reserva de código una regla según la cual, también por auto-limitación parlamentaria, la legislación de la materia penal sólo pueda ser reformada una vez al año por una ley general de reforma (subprincipio de concentración de la reforma).<sup>34</sup>

Este método brinda ventajas relevantes. Así, por un lado, la incorporación de todas las reformas del código por medio de una sola norma y sólo una vez al año es la única manera de asegurar seriamente los principios

33. Ver Demetrio Crespo, *op. cit.*, p. 74 y ss.

34. Ver, más puntillosamente al respecto, Pastor, *Recodificación...* (cit. N°3), p. 227 y ss.

básicos del sistema penal de accesibilidad y cognoscibilidad sencilla y segura de sus preceptos, superándose de esta forma el actual caos de una legislación que cambia a cada instante, sin permitir su conocimiento adecuado, pues antes de que se lo logre ya ha cambiado otra vez, sin tolerar que legos y profesionales puedan tener sus textos legales al día por más de un minuto. Asimismo, por otro lado, esta metodología introduce un importante punto de racionalidad –mínimo pero indispensable– en cuanto al mantenimiento de la sistematicidad del código. Por cierto, una reforma anual única de la legislación penal, elaborada obviamente por una Comisión que tenga las mismas características que la creada por el decreto 678/2012, otorga el tiempo necesario para reflexionar, sin ansiedad ni presiones, no sólo acerca de la conveniencia o no de las distintas reformas que se vayan proyectando, sino también de su acomodamiento armónico en la estructura del código para impedir que se quiebre su necesaria sistemática.

También deberían ser atendidas, por medio del subprincipio de *quorum*, las propuestas de Ferrajoli (procedimiento parlamentario agravado)<sup>35</sup> y Maier (dos tercios de los legisladores)<sup>36</sup> acerca de la necesidad de exigir un trámite parlamentario especial para la aprobación de la reforma de la legislación penal codificada. En este sentido, resultan sorprendentemente adecuadas las palabras de Carlos Tejedor, el gran codificador penal sudamericano del siglo XIX: “Un código es una colección de leyes coordinadas bajo un sistema. De aquí viene que no pueda tratarse como a cualquier ley”.<sup>37</sup>

La interpretación de Maier merece la aprobación, pues si es normal que las Constituciones exijan mayorías calificadas para otras materias,<sup>38</sup> entonces resulta indudable que, por analogía en favor de los individuos y para garantizar el mandato constitucional que impone el método codificado para la legislación penal se debería reclamar una mayoría de las dos terceras

35. Ver Ferrajoli, “Pasado y futuro del estado de derecho”, *op. cit.*, p. 23.

36. Ver Maier, “¿Es posible todavía la realización del proceso penal en el marco de un Estado de derecho?”, *op. cit.*, p. 273 y s.

37. Tejedor, Carlos, Diario de Sesiones. Cámara de Diputados, 1859, p. 358 (apud Tau Anzoátegui, *op. cit.*, p. 332).

38. CN, arts. 66 (correcciones disciplinarias [entonces, con cuanto más razón lo relativo a las sanciones penales]), 70 (suspensión de funciones de los acusados), 83 (cierta insistencia en proyectos desechados), 99, inc. 4 (acuerdo del Senado al nombramiento de los jueces de la Corte Suprema).

partes de los miembros del Parlamento para la aprobación de cada ley anual de reforma de la legislación codificada del sistema punitivo, una vez que ese derecho haya sido recodificado.<sup>39</sup>

Las propuestas formuladas precedentemente, complementarias del trabajo central de recodificar la legislación penal, son tan atractivas para la producción de un derecho punitivo de calidad como atrevidas en cuanto a su sustento argumental. Si bien muchas de ellas no pueden más que ser compartidas por un número elevado de quienes participan de estas discusiones, otras no obtendrán más que mínimas aprobaciones. Sin duda lo más audaz de todo lo propuesto es justificar el carácter constitucional del principio de reserva de código y sus derivaciones.<sup>40</sup> Sin embargo, en cuanto se atienda en serio a la relación ya explicada entre el movimiento del constitucionalismo liberal y el de la codificación se verá con claridad que las constituciones modernas reclaman derecho codificado y que lo exigen con el sentido preciso que este método tiene en la cultura del código y cuyo contenido exacto aparece en el espíritu con el cual ha sido creada la Comisión encargada de la reforma penal en estudio.

## V. La recodificación procesal

Resulta imperioso extender los alcances de la iniciativa de reforma penal, simultánea o sucesivamente, a una modificación del derecho procesal nacional encarada con la misma metodología de trabajo.<sup>41</sup> Ambos escenarios son inseparables y se condicionan mutuamente.

La pérdida de centralidad del código (descodificación) rige también para el derecho procesal penal, pues es usual que los ámbitos especiales del

39. Dado que el actual caos jurídico penal fue introducido por un mayoría simple de representantes, entonces el proceso recodificador que le pondrá fin debe contar con la misma prerrogativa y plasmar en su texto, como reglamentación del mandato constitucional de codificar el derecho del sistema punitivo, la autolimitación de reformar ese texto en el futuro únicamente con las dos terceras partes de todos los parlamentarios.

40. Las dificultades y riesgos de esta afirmación provienen de que, quien la sostenga, tiene que mantener también –inevitablemente– el carácter inconstitucional de la legislación extra-código.

41. En especial es esperable que la tarea quede a cargo de una Comisión también muy reducida.

derecho punitivo inflacionario no se detengan en la incorporación de reglas de parte general y de parte especial propias, sino que también construyen normas procesales *ad hoc* o directamente un derecho procesal específico (así, en gran medida, en el derecho de drogas, en el derecho penal tributario, etc.), efecto que muchas veces se extiende a la descentralización de la organización judicial al proliferar cuerpos jurisdiccionales expertos en las distintas especialidades punitivas (derecho penal económico, fiscal, de bagatela o correccional, etc.). Es por ello que si bien la recodificación se orienta más al derecho sustantivo, la propuesta analizada parte, sin lugar a dudas, de la consideración del derecho penal como sistema punitivo que, como tal, abarca necesaria y conjuntamente las partes general, especial y ejecutiva del derecho material, el derecho procesal penal propiamente dicho y el derecho de la organización judicial, incluidas la fiscalía y la defensa pública.<sup>42</sup>

Ya en la década del 30 del siglo pasado Soler y Vélez Mariconde justificaron la reforma del procedimiento penal en la necesidad, indiscutible, de ajustarlo con precisión justamente al Código Penal de 1921.<sup>43</sup> Del mismo modo, la más seria de todas las propuestas de reforma del derecho procesal penal nacional, dirigida por Julio Maier en la década del 80, incluía todas las modificaciones necesarias de la ley sustantiva relativas a las instituciones íntimamente vinculadas con lo procedimental.

Asimismo, la aspiración de la reforma penal en curso, tendente a unificar en el código todas las figuras, conducirá a que las reglas procesales de las leyes penales complementarias y especiales tengan vida ultraactiva y dispersa si no son, consecuentemente, integradas en el código de procedimientos, una razón más que justifica la ejecución conjunta y coordinada de la reestructuración de ambos cuerpos normativos.

Por otra parte, las provincias también tendrán que reformar sus códigos procesales para adaptarlos al nuevo Código Penal, de modo que un

42. Ver Pastor, *Recodificación...* (cit. N°3), p. 73 y s.

43. Soler y Vélez Mariconde defendieron, en 1937, la necesidad de sanción de un nuevo régimen procesal también porque había sido reformada, en 1922, la ley sustantiva: “después de la reforma de 1922, el actual C. de Procedimientos no solamente es un instrumento inadecuado, sino perjudicial, porque, carente de toda elasticidad, no solamente es inadaptable a la nueva legislación de fondo, sino que hace imposible la aplicación de la ley en numerosas sanciones” (Soler, S. y Vélez Mariconde, A., *Exposición de Motivos del Proyecto de Código de Procedimiento Penal*, Córdoba [Arg.], 1938, p. X).

régimen procesal penal nacional también nuevo –y ya ajustado a la ley de fondo recién hecha– servirá de modelo para esa tarea, además de funcionar, según lo ha predicado usualmente en nuestro medio, de norma básica de reglamentación procesal mínima de las garantías del bloque de constitucionalidad a partir del cual las provincias pueden otorgar derechos más amplios sin restringir los otorgados por el código nacional.

Así pues, a esta reforma del Código Penal tendría que seguirle, como la sombra al cuerpo, una reforma específica del legislación procesal que ponga a ambos en la misma sintonía, para lo cual es necesario un proyecto completamente nuevo, en tanto que las propuestas de reforma procesal que hoy están en discusión, todas muy válidas por cierto, no han previsto la reforma penal ni, obviamente, han podido tener en consideración sus herramientas sustantivas concretas para orientar en ellas las decisiones de política procesal.

Esta noción inclusiva de lo procesal en lo penal está presente en el trasfondo de la recodificación material iniciada. La propia idea de combinar el derecho penal con el derecho internacional, explícita en el decreto 678/2012, debería ser extendida al derecho procesal penal, que es inseparable precisamente tanto de la ley sustantiva como de los catálogos de derechos humanos, lo cual también conforma “un conjunto de cuestiones que demandan un tratamiento integrador”. Lo mismo sucede con el objetivo de la reforma de tomar en cuenta las legislaciones de la región para favorecer la integración. Con ese propósito se justifica igualmente un código de procedimientos, de bases mínimas, que sirva además para favorecer la implementación de estrategias político-criminales entre la Nación y las provincias. Si códigos penales similares cooperan con la integración sudamericana, códigos procesales idénticos ayudarán a esa unión regional y a la integración jurídica nacional, con una bienvenida profundización, en este último ambiente, del tratamiento igualitario de todos los afectados por el poder punitivo, en todas sus instancias de ejercicio, artificialmente seccionadas por una decisión que sólo puede ser calificada como demencial.<sup>44</sup>

44. 25 códigos de procedimientos penales es lo más irracional que puede exhibir al mundo un país que todavía se declara gobernado por el derecho. Especialmente porque todos esos códigos provinciales aplican un único código de fondo nacional. Esto es estupidez, no federalismo. Federal sería que cada provincia dictara también, junto a las procesales, sus leyes sustantivas.



Los deseos de afianzar el principio de legalidad penal que se impone como tarea la Comisión creada por el decreto 678/2012 no deben detenerse en los aspectos materiales del tratamiento del delito. Esta exigencia de taxatividad jurídica rige también para el derecho procesal penal, pues al ser éste también coacción estatal (e incluso casi siempre con carácter análogo a la pena) está abarcado por el principio *nulla coactio sine lege* que es al derecho procesal lo que el *nullum crimen* es al derecho sustantivo.<sup>45</sup>

Por consiguiente, así como la reforma del código penal emprendida ahora implica una continuación de la intentada en 2004 por el mismo Gobierno (Anteproyecto de 2006), que no pudo concretarse, la nueva reforma procesal penal a ser iniciada tendría que constituir una continuación de la elaborada entre 2007 y 2008,<sup>46</sup> cuyo Anteproyecto<sup>47</sup> corrió la misma suerte que el Anteproyecto de Código Penal de 2006, sobre todo porque, como ya se indicó, el régimen procesal tendrá que ser adecuado puntillosamente al nuevo Código Penal que presente la Comisión redactora designada por el decreto 678/2012.

## **VI. Conclusiones**

El derecho es un artificio para tratar de asegurar la paz social, una “regla de convivencia civilizada”,<sup>48</sup> que se expresa, en el caso del penal, por medio del castigo de las conductas prohibidas pero a través de limitaciones regladas del poder que están justificadas por ese fin y que actúan como una metodología racional de moderación humanista en una sociedad democrática en la que todos sus miembros reciben un trato jurídica y políticamente igualitario.

45. Ver Pastor, *Recodificación...* (cit. N°3), p. 78 y s.

46. Según lo dispuesto por el decreto N°115/2007.

47. Ver los detalles en “Análisis crítico del Anteproyecto de reforma procesal penal nacional”, en Revista *Derecho Penal y Procesal Penal*, Lexis-Nexis, Buenos Aires, N°6/2008, pp. 919 a 1138.

48. Zaffaroni, E., “Reconstrucción institucional de la justicia”, estudio preliminar a *¿Cómo funciona la máquina judicial? El modelo italiano* de C. Guarnieri, trad. de Alejandro W. Slokar y Norberto F. Frontini, Buenos Aires, 2003, p. 29.

La recodificación penal, entendida como aquí se la ha considerado, a saber, como mandato del Estado constitucional de derecho, establece los límites de actuación de un poder penal democrático, respetuoso de los derechos fundamentales y efectivo, pues no se lo puede utilizar indiscriminadamente, sino que su empleo legítimo estará asegurado por el método del derecho codificado: lo que no se puede codificar penalmente no se puede usar como instrumento punitivo. De este modo, la recodificación sirve como herramienta tendencialmente apta para la *racionalización de la legislación punitiva* en dos sentidos, pues desde el punto de vista de la *racionalidad ética* permite únicamente un derecho penal mínimo, orientado a la protección de unos pocos bienes de verdad fundamentales, en tanto que, desde el punto de vista de la *racionalidad formal*, la recodificación supone un método apropiado para legislar con seguridad sistemática.<sup>49</sup>

Para garantizar una recodificación, así entendida, es preciso introducir el principio de reserva de código y sus manifestaciones asegurativas.<sup>50</sup>

La reforma del Código Penal a cargo de la Comisión creada por el decreto 678/2012 es un gran paso para lograr esos objetivos, dado que tiene como finalidad central devolver racionalidad a la legislación penal. Ese propósito se canaliza por la elección de una metodología de trabajo que hace de la codificación una garantía de sensatez en las expresiones punitivas del Estado. Este modelo de trabajo asegura un sometimiento riguroso de las normas penales a las disposiciones de orden constitucional que –en respeto

49. Esto significa ofrecer discursivamente, en los términos empleados por Díez Ripollés, *La racionalidad de las leyes penales*, *op. cit.*, p. 87, las condiciones necesarias para desarrollar, a partir del principio de la codificación, la racionalidad de la legislación punitiva.

50. El Código Penal debería tener como último artículo el siguiente: “En materia penal sólo resultarán aplicables las normas establecidas por el derecho constitucional, por el derecho internacional de los derechos fundamentales y por este Código. Toda disposición penal anterior, contenida en leyes generales o especiales, queda derogada. Todo precepto penal futuro deberá ser incorporado a este Código o no tendrá valor alguno como tal. Las modificaciones al Código podrán ser realizadas por una única ley anual que requerirá mayoría de las dos terceras partes de los miembros de cada Cámara del Congreso Nacional y nunca podrán suponer que sea excedido el número máximo de delitos previstos en este código”. Deseable sería, además, la futura constitucionalización de esta regla (tal la propuesta de Maiello, “Riserva di codice e decreto-legge in materia penale: un (apparente) passo avanti ed uno indietro sulla via del recupero della centralità del codice”, *op. cit.*, p. 161 y ss.

de los derechos fundamentales del individuo moldeados en distintos catálogos igualmente vigentes y aplicables– exigen un régimen represivo mínimo, liberal y moderado. Las afectaciones graves de la convivencia pacífica deben ser tratadas con la consecuencia equivalentemente grave que supone la pena estatal, pero sólo ellas y no de cualquier manera. La sistematicidad, exactitud y proporcionalidad que brinda un Código Penal bien hecho es el mejor comienzo para transitar el largo y arduo camino hacia un ejercicio del poder punitivo menos arbitrario y más humano.

Es tiempo de dejar trabajar a los que están mejor preparados para hacer las cosas bien. El decreto 678/2012 brinda al respecto razones para ilusionarse: es el momento de dejar a Zaffaroni hacer.