

Los cien años del código penal argentino

Marcelo A. Riquert

Nos acercamos rápidamente al centenario de regencia del Código Penal de la Nación, el segundo con que contó nuestro país. En efecto, luego de un alongado trámite parlamentario (tras ser aprobado en forma unánime a libro cerrado en la Cámara de Diputados, su pasaje por la Cámara Alta se demoró más de dos años¹), habiéndose sancionado la Ley N° 11.179 durante presidencia de Hipólito Yrigoyen, sobre fines de octubre de 1921, entró en vigencia seis meses después, el 29 de abril de 1922, conforme previó el original art. 303, hoy reenumerado como art. 314. Derogó varias leyes en forma específica (las N° 49, 1.920, 3.335, 3.900, 3.972, 4.189, 7.029, 9.077 y 9.143) y, asimismo, en forma genérica, todas las leyes penales opuestas a lo preceptuado en el Código².

Si bien poco queda de su texto original luego de haber sido modificado alrededor de mil veces en estos cien años³, como dijo Andrés D'Alessio (en ocasión de celebrarse sus 75 años de vigencia con un inolvidable y multitudinario Congreso celebrado en la Universidad de Buenos Aires), *"nuestro Código Penal de 1922 es un verdadero fenómeno de supervivencia. Lo fue desde su nacimiento y lo sigue siendo"*⁴.

Para fundar el aserto, el recordado magistrado y profesor de la UBA, memoraba que el Código había nacido a contramano de la moda en boga por aquellos momentos, que era la del positivismo criminológico, que concebía al hombre como un esclavo de sus condicionamientos. En cambio, el texto sancionado, inspirado en el proyecto del por entonces diputado nacional Rodolfo Moreno (h)⁵ de 1917 (en realidad, de 1916 revisado por una comisión de diputados presidida por el propio Moreno e integrada por Carlos M. Prádero, Gerónimo del Barco y Delfor

¹ Los detalles del trámite parlamentario pueden consultarse en el trabajo de Abelardo Levaggi, titulado *"El Código Penal argentino de 1922 comentado por el diario La Nación"*, pub. en "Derecho PUCP", Nro. 82, Lima, 2019, punto IV "Desarrollo del trámite legislativo", versión digital disponible en <http://dx.doi.org/10.18800/derechopucp.201901.001>.

² Cf. Luis M. Bonetto, en *"Lección 4: Derecho Penal y Constitución"*, pub. en AAVV "Derecho Penal Parte General. Libro de Estudio", Carlos J. Lascano (h) director, ed. Advocatus, Córdoba, 2002, pág. 130.

³ Roberto M. Carlés recuerda que el Código ha sido *"destruido e implosionado por un doble proceso de descodificación, tanto externa como interna"*, la primera porque se hay más de 400 leyes penales especiales y de otras materias que incluyen disposiciones punitivas y la segunda por las más de 900 reformas que el propio código sufrió en sus, por entonces, 93 años de vida (en su *"Presentación de la obra"*, en AAVV, "Anteproyecto de Código Penal de la Nación. Aportes para un debate necesario", E.R. Zaffaroni-R.M. Carlés directores, M. Bailone coordinador, ed. La Ley, Bs.As., 2014, pág. XIII).

⁴ D'Alessio, en su *"Prólogo"* a la obra de AAVV "Teorías actuales en el Derecho Penal. 75° aniversario del Código Penal", ed. Ad-Hoc, Bs.As., 1998, pág. 23.

⁵ Moreno (1879-1953), doctorado en jurisprudencia en la UBA en 1900 y profesor de derecho penal en la Universidad Nacional de La Plata y la Universidad de Buenos Aires, tuvo una larga trayectoria política –de línea conservadora– que incluyó la gobernación de la provincia de Buenos Aires entre 1942 y 1943.



del Valle) que, a su vez, se basó en los Proyectos de 1891⁶ y de 1906⁷, tenía raíces en la mejor tradición europea (Feuerbach, Carrara, la Escuela de Política Criminal) y creía en un hombre siempre libre y, por lo tanto, susceptible de penas proporcionadas al reproche personal merecido por el acto disvalioso (de allí la distinción entre imputables e inimputables que, incapaces de sobreponerse a los condicionamientos, hallaban por respuesta las medidas de seguridad). Coherente con ello se incorporaba la condenación condicional y la libertad condicional. Pese a que en la Cámara de Senadores se intentó mantener la pena de muerte –lo que fue fundamentado por el senador Leopoldo Melo–, impuso su criterio finalmente la Cámara de Diputados y la excluyó del elenco de penas previstas.

Mucho antes de las evocadas palabras de D'Alessio, en similares términos se había expedido una figura capital del penalismo nacional como fue Ricardo C. Núñez, quien resaltaba que el Código estaba muy lejos de haber sido producto de la improvisación, siendo el fruto de una larga preocupación legislativa que, en lo que atañe a la estructura, dirección científica y técnica, tomó su dirección fundamental a partir del proyecto de 1891 y *“adoptó una actitud científica prudente al no ceder al fuerte empuje del positivismo que entonces dominaba nuestras cátedras de Derecho Penal. El legislador mantuvo el principio de la responsabilidad moral del delincuente, fundada en la conciencia y voluntad del hecho”*⁸.

Aquella línea doctrinaria que el Prof. Joaquín P. Da Rocha sintetizó como *“Feuerbach-Tejedor-Rivarola-Herrera-Moreno”* configuró una tradición político-legislativa altamente positiva que resistió los intentos de cambio total, agregando que *“...por algo no sirvió a las dictaduras militares desde los años sesenta, que debieron reformarlo para adecuarlo a sus criterios autoritarios, creando delitos y aumentando las penas”*⁹.

⁶ Producto de la comisión designada por el presidente Juárez Celman (el mismo que había que había promulgado el Código de 1886), a instancia de las fuertes presiones de las “nuevas doctrinas” que, se argumentó, enriquecieron la ciencia penal, refiriéndose al positivismo. Integrada en 1890 por el fiscal Rodolfo Rivarola, el catedrático Norberto Piñero y el juez José Nicolás Matienzo, que lejos de presentar un plan de reformas al CP de 1886 (Ley 1920), concretó directamente un nuevo proyecto precedido de una amplia exposición de motivos que, fuertemente inspirado en el Código italiano de 1889, tuvo claro sesgo liberal (cf. Sebastián Soler, *“Derecho Penal Argentino”*, ed. TEA, Bs.As., Tomo 1, 1963, pág. 115; Abelardo Levaggi, ya citado, punto III *“La codificación penal argentina”*). Poco después, en 1895, Lisandro Segovia realizó un proyecto crítico sin que mediara convocatoria oficial al respecto.

⁷ Realizado por la Comisión que fuera designada en 1904 e integrada por Francisco Beazley (ex Jefe de Policía), Cornelio Moyano Gacitúa (Catedrático), José María Ramos Mejía (Médico), Diego Saavedra (Juez de Cámara) y, nuevamente, Norberto Piñero y Rodolfo Rivarola, todos quienes declararon abstenerse de todo prejuicio de escuela, incorporando entre otras novedades la condena de ejecución condicional y la libertad condicional. Presentado en 1906 estuvo largo tiempo sin consideración legislativa, hasta que el por entonces diputado nacional, Dr. Rodolfo Moreno, encaró la reforma sobre su base teniendo en cuenta las opiniones de Julio Herrera, Octavio González Roura y Juan P. Ramos, formulando su despacho en 1917 (cf. Soler, ya citado, pág. 116; Levaggi, ya citado, punto III).

⁸ Núñez, en su *“Derecho Penal Argentino. Parte General – I”*, Editorial Bibliográfica Argentina, Bs.As., 1959, pág. 83.

⁹ Da Rocha, en su *“Prefacio”* a la obra de AAVV *“Teorías actuales en el Derecho Penal. 75° aniversario del Código Penal”*, ed. Ad-Hoc, Bs.As., 1998, pág. 27.

Retomando aquella divergencia inicial con la moda académica¹⁰, por ella, así como otros problemas prácticos¹¹, durante las casi dos décadas siguientes a su sanción, fue objeto de ataques que concretaron en los proyectos de “estado peligroso” pre y post delictual (así, primero, los de 1924, 1926, 1928 y 1930 y, luego, singularmente el Proyecto de 1937 de Jorge E. Coll y Eusebio Gómez o el de 1941 de José Peco), sin que logran prosperar. Con el decaimiento del positivismo a inicios de 1940, los embates no cesaron, sino que, sencillamente, llegaron desde otros ángulos (al presente pueden contarse un total de dieciocho comisiones designadas para su reforma integral sin que alcanzaren su propósito).

En 1997, D’Alessio sintetizaba aquel diverso enfoque aludiendo a los ataques que perpetran quienes pretenden que el Código Penal sea de tal eficacia que conduzca a la prevención absoluta del crimen, los que reclaman una reforma del sistema de delitos y penas cada vez que un hecho golpea la sensibilidad de la opinión pública¹². Es claro, veinticinco años después nada ha cambiado, sino que, en todo caso, se ha potenciado.

Los sucesivos intentos recientes de lograr que el Código retome en versión actualizada sus notas sistemáticas originales, la coherencia interna, la proporcionalidad de sus sanciones (así, los Anteproyectos de reforma integral de 2006 y 2014) o de consagrar un nuevo Código (Proyecto de 2019), han fracasado: los primeros ni siquiera fueron presentados al Congreso, el último llegó a tener estado parlamentario, pero sin tratamiento. No es un problema menor porque, bien apunta el Prof. Daniel R. Pastor, convivimos hoy con una amplia legislación penal dispersa y desarmonizada, se ha vivido un proceso de descodificación que alteró el equilibrio y la proporcionalidad que deben tener las disposiciones represivas y, con ello, se afectó la sistematicidad normativa, que lejos de constituir un adorno intelectual, cuando hablamos de leyes penales *“es la garantía de efectividad de los principios de legalidad y culpabilidad (seguridad y previsibilidad), que constituyen el corazón del derecho penal liberal”*¹³.

Aquel fracaso tiene variadas razones entre las que brilla centralmente aquella corriente identificada por D’Alessio que, privilegiando la eficacia sobre las garantías, postula una suerte de olvido del baremo constitucional. La gravedad de este pedido de apartamiento se advierte cuando se recuerda que, al fin y al cabo, el Código Penal *“es un apéndice de la Constitución”*, lo

¹⁰ Soler agrega la incidencia de la aparición casi simultánea del Proyecto Ferri de 1921 en Italia y las ideas difundidas por Luis Jiménez de Asúa acerca del “estado peligroso”, como motores de un movimiento contra el Código de 1921 (ya citado, pág. 117).

¹¹ En efecto, pese a haber acompañado favorablemente la sanción del Código, recuerda Levaggi que la prensa, singularmente el diario “La Nación”, dedicó varios editoriales a la crítica sobre la base de observables problemas técnicos y prácticos. Así, se refirieron a la deficiente regulación de los delitos contra la salud pública o, por el recrudecimiento de hechos violentos, la conveniencia de haber suprimido la pena de muerte, pero también se denunciaba que por la falta de un registro de reincidencia no se podía saber realmente si correspondía una condenación condicional o una declaración de reincidencia. Esta falta de cumplimiento en el dictado de leyes complementarias fue calificada de “abandono parlamentario” por “leyes incompletas”. Asimismo, se resaltaba que una moderna codificación fondal no rendiría sus frutos conviviendo con los viejos procedimientos escritos y secretos enraizados en el siglo anterior (ob.cit., puntos VII “Problemas puntuales” y VIII “Legislación complementaria”).

¹² Ob. cit., pág. 24.

¹³ Pastor, en su trabajo *“La recodificación penal en marcha una iniciativa ideal para la racionalización legislativa”*, pub. en AAVV “Anteproyecto de Código Penal de la Nación. Aportes para un debate necesario”, E.R. Zaffaroni-R.M. Carlés directores, M. Bailone coordinador, ed. La Ley, Bs.As., 2014, págs. 3/4.

que enfatiza el maestro Zaffaroni diciendo que *“Por magnífica que sea una Constitución, no se concibe la República ni el Estado de Derecho sin Código Penal, que en definitiva es la carta que completa las garantías constitucionales”*¹⁴.

Entre los intentos de olvido constitucional se concretó un fenómeno inflacionario, expansivo de la legislación penal de la mano de la multiplicación de discursos emergenciales¹⁵, tributarios de una mirada neopunitivista, que ofrece un renovado convencimiento o fe en que el Estado solucionará los más diversos conflictos sociales por medio de las sanciones penales. Uno de singular intensidad fue denominado por esa enorme figura del penalismo (no sólo nacional) que fue el Prof. Julio B.J. Maier como el “Blumbergstrafrecht”, movimiento popular para combatir la “inseguridad” que amenazó con interrumpir y finalizar con más de dos siglos de trabajo humanitario universal en nuestro país sobre esta materia jurídica¹⁶. El “choque” con este populismo punitivista (que apela al “sentido común” con evidente desprecio de los datos duros y el conocimiento de los especialistas), averió seriamente al Código con más de una veintena de modificaciones que acentuaron aquellos defectos propios de los sucesivos “parches” realizados con pérdida de la noción de conjunto.

Más allá de toda el agua corrida en este siglo, cuyo detalle exigiría un estudio de largo aliento, creo importante resaltar que, al decir de Zaffaroni, estamos en presencia de un texto que posee extrema sobriedad, que no cae en definiciones y, por ello, no ha tenido nunca pretensión de introducir conceptualizaciones propias de un manual o tratado. De allí que, a partir de tal sobriedad, permitió se concretara un significativo trabajo dogmático bajo diversa impronta: desde el sistema Von Litz-Beling, el causalismo valorativo de Mezger, el finalismo de Welzel o el actual debate entre diversos modelos funcionalistas¹⁷. Esta idea central, así como el uso de un lenguaje más llano y accesible, se mantuvo en el frustrado Anteproyecto de 2014¹⁸.

El Código ha cumplido cien años, no es ni podría ser aquel de 1921, pero el que es, lejos está de haber conservado las notas esenciales básicas de la codificación por la literal multiplicidad de modificaciones sufridas. Vuelvo con Pastor, quien afirma con razón que *“La legislación penal está completamente desquiciada. Sólo de un modo irónico es posible hablar de orden jurídico penal”*¹⁹. Luigi Ferrajoli sintetizaba magistralmente el estado de situación actual al

¹⁴ Zaffaroni, en su trabajo *“Presentación. Trascendencia histórica del Código Penal 1921/1922”*, pub. AAVV *“Teorías actuales en el Derecho Penal. 75° aniversario del Código Penal”*, ed. Ad-Hoc, Bs.As., 1998, pág. 31.

¹⁵ Como en su momento refirió el Prof. Guillermo J. Fierro, *“la creciente legislación penal encuentra su causa profunda en el desconocimiento que generalmente padece el legislador acerca de las limitaciones que tiene el Derecho en general, y el Derecho Penal en particular, y en virtud de ese desconocimiento es que se generan las expectativas infundadas que se depositan en ellos. La multiplicación legislativa y su correlativa penalización, reduce un sistema jurídico al absurdo, porque al exigir de él lo que no puede dar, ello nos dirige a un camino equivocado que termina en impotente crueldad y en su desprestigio como instrumento insustituible de la convivencia humana”* (en su trabajo *“La creciente legislación penal y los discursos de emergencia”*, pub. en AAVV *“Teorías actuales en el Derecho Penal. 75° aniversario del Código Penal”*, ed. Ad-Hoc, Bs.As., 1998, pág. 627).

¹⁶ Maier, en su editorial *“Blumbergstrafrecht”*, pub. en la revista *“Nueva Doctrina Penal”*, editores del Puerto, Bs.As., tomo 2004/B, pág. I.

¹⁷ Cf. Zaffaroni, antes citado, pág. 43.

¹⁸ Cf. Carlés, ya citado, pág. XIV.

¹⁹ Ob. cit., pág. 4.

presentar el Anteproyecto de 2006 diciendo que atravesamos “una crisis tanto de eficiencia como de garantías”, efecto de dos expansiones patológicas del derecho penal: la inflación legislativa (que deriva en un “derecho penal máximo”, que crece fuera de todo diseño racional) y la de encarcelamiento (que califica aún más grave, indiferente a las causas estructurales del delito, con descuido de las garantías y preocupada en alimentar miedos y humores represivos presentes en la sociedad)²⁰.

Sobre la dimensión que ha alcanzado esta última, baste mirar la progresión de la cantidad de personas privadas de libertad, cuyo crecimiento ha sido muchísimo mayor que el correspondería en forma directa por el aumento poblacional. Las dificultades para ofrecer una adecuada respuesta judicial podrían sintetizarse en la aún inconclusa ejecución de la sentencia de ese “leading case” de habeas corpus colectivo que fue el caso “Verbitsky”²¹, respecto de la situación carcelaria de la provincia de Buenos Aires. Han pasado 17 años y, lejos de acercarnos a cumplir con dicha sentencia, podríamos decir sin temor a errar que cada día estamos más lejos. A comienzos de milenio, la provincia tenía menos de 15.000 presos, en 2005 –cuando se resuelve “Verbitsky”- eran poco más de 30.000, hoy día, a inicios de 2022, ya son alrededor de 52.000. La elocuencia del número exime de mayores comentarios y no debe perderse de vista que un porcentaje significativamente alto de estas personas privadas de libertad carece de sentencia firme. El intento de la SCBA de dar por “agotado” el contenido de la acción colectiva y disgregarla hacia cada juez responsable de cada detenido en particular, fue revocado por la propia CSJN el año pasado²² con una nueva resolución que ha sido llamada por parte de la doctrina como “Verbitsky 2”²³.

Vuelvo al Código. Es clara e indudable entonces la necesidad de su actualización recuperando sistematicidad, armonía, proporcionalidad e incorporando las tipicidades que la sociedad del nuevo milenio, con sus profundos cambios, reclama (entre tantas otras, baste la mención de la necesaria inclusión de perspectiva de género y también de diversidad cultural, como en el caso de los pueblos originarios o los migrantes). Mientras tanto, tanto desde la academia como la judicatura, hemos de procurar mantener una lectura de su texto actual compatible con el marco constitucional. No hay otro camino. Si bien, como enseña Nicolás García Rivas, pueden advertirse divergencias en cuanto al grado de penetración/incidencia de la norma

²⁰ Ferrajoli, en su “Presentación” al “Anteproyecto de Ley de Reforma y Actualización Integral del Código Penal Argentino”, Ediar/AAPDP, Bs.As., 2007, págs. 11 y 13. Con minucioso detalle recordaba en ese momento que el CPA había hasta entonces sido modificado en 878 veces, de las que 137 habían sido en la parte general y las restantes 741 en la parte especial (pág. 12).

²¹ CSJN, resuelto el 3 de mayo de 2005, individualizado como V. 856. XXXVIII, Recurso de hecho, “Verbitsky, Horacio s/ habeas corpus” (jueces Petracchi, Fayt, Boggiano, Maqueda, Zaffaroni, Highton de Nolasco, Lorenzetti y Argibay). Entre múltiples publicaciones, puede consultarse en Fallos, 328:1146; o en el SAIJ, ref: FA05000319.

²² Me refiero a lo resuelto el 13/5/21 in re “Verbitsky, Horacio s/hábeas corpus” (CSJN 1469/2014/RH1, voto concurrente de los jueces Highton de Nolasco, Maqueda y Lorenzetti, voto propio de Rosatti y disidencia de Rosenkrantz), haciendo lugar al “Recurso de hecho deducido por el Consejo de Defensores de la Provincia de Buenos Aires en la causa Verbitsky, s/ hábeas corpus”.

²³ En la reciente obra coordinada por Ricardo S. Favarotto, “El sistema penal bonaerense II”, se dedican a su comentario varios trabajos (del propio Favarotto y de Raúl Cadena Palacios, Lisandro Pellegrini, Cecilia M. Boeri y Leonardo G. Pitlevnik), en su “Tema 4. La prisionización bonaerense. El nuevo fallo Verbitsky” (Editores del Sur, Bs.As., 2022, págs. 365/446).

fundamental en nuestra disciplina (por una influencia “débil” parece decantar la doctrina alemana, por una imbricación absoluta –un verdadero “programa penal de la Constitución”- la doctrina española e italiana), no puede soslayarse la coincidencia con Bustos Ramírez y Hormazábal Malareé cuando señalaban que *“la historia del Derecho Penal es la historia del Estado y puesto que en la Constitución hallamos el instrumento normativo que define y legitima sus mecanismos de poder, cabe colegir sin demasiada dificultad su influencia en nuestro sistema punitivo”*²⁴. Berdugo, Arroyo, Ferré, Serrano y el propio García Rivas, hablando justamente del “programa penal de la Constitución” y un “derecho penal constitucional”, apuntan que es necesario examinar detenidamente la Constitución para extraer de su tenor literal, de los principios generales que consagra y de su espíritu, este “programa penal”, que se entiende como un conjunto de postulados político-jurídicos y político-criminales, que constituye el marco normativo en el seno del cual el legislador penal puede y debe tomar sus decisiones y en el que el juez ha de inspirarse para interpretar las normas que le corresponde aplicar. Más allá de ese programa, los principios generales y determinados preceptos de la Constitución (como los que consagran derechos fundamentales), configuran el llamado “derecho penal constitucional”²⁵.

En nuestro medio, en línea con aquella imbricación absoluta, por décadas Zaffaroni ha predicado no sólo que toda ley penal manifiesta debe adecuarse a la ley constitucional, que es la ley suprema de la Nación (art. 31 de la propia Constitución), de lo que se deduce que el derecho penal mantiene una relación de subordinación con el constitucional, sino que, cuando se advierte que no ha de confundirse la ley penal con el derecho penal y nos referimos al “saber jurídico penal”, a este le es imprescindible integrar a su conocimiento el “saber del derecho constitucional” que interese a la habilitación o limitación del ejercicio del poder punitivo²⁶.

También lo resalta Daniel Rafecas, en su más reciente obra, diciendo que el punto de partida para delimitar nuestro campo de conocimiento es la Constitución Nacional: *“todo el andamiaje teórico del Derecho Penal proviene del Derecho Constitucional. Esta es una gran verdad, que muchas veces los penalistas no estamos dispuestos a reconocer: se trata de admitir que todo nuestro saber, todas nuestras refinadas teorías, no son otra cosa que un elaborado desagregado de materia constitucional, destinado a contener y racionalizar el ejercicio del monopolio de la violencia por parte del Estado, es decir, del poder punitivo estatal, canalizado a través del sistema penal”*²⁷.

Celebramos entonces el centenario del Código reconociendo sus originarias y parcialmente subsistentes bondades, así como la necesidad de someterlo a una profunda actualización que reconstituya las pérdidas y lo adecue a los cambios, tanto sociales como

²⁴ García Rivas, en su obra *“El poder punitivo en el estado democrático”*, ediciones de la UCLM, Colección “Estudios”, N° 31, Cuenca, España, 1996, pág. 43.

²⁵ Cf. Berdugo Gómez de la Torre, Arroyo Zapatero, García Rivas, Ferré Olivé y Serrano Piedecasa, *“Lecciones de Derecho Penal. Parte General”*, ed. Praxis, 2° edición, Barcelona, 1999, págs. 40/41.

²⁶ Recientemente ha reiterado esta idea en su obra *“Lineamientos de Derecho Penal”*, Ediar, Bs.As., 2020, pág. 77, parág. 89.

²⁷ Rafecas, en su obra *“Derecho Penal sobre bases constitucionales”*, ediciones Didot, Bs.As., 2021, págs. 31/33.

tecnológicos (por ejemplo, las implicancias de la inteligencia artificial -IA- en el campo punitivo). La historia reciente nos demuestra la dificultad de la clase política para afrontar con éxito esa tarea de la mayor importancia para la reafirmación del estado de derecho. En el tránsito hasta que esto se concrete, queda sencillamente el llamado a seguir utilizando la secular herramienta renovando esfuerzos para encontrar lecturas e interpretaciones de sus “parches” en clave constitucional.