

EROSIÓN DEL CÓDIGO PENAL ARGENTINO

Por Juan Carlos Frontera*

I

La codificación penal argentina se desarrolló en la segunda mitad del XIX y en las primeras décadas del XX, junto con las demás ramas del Derecho. La norma jurídica punitiva se presentó al jurista y al lego bajo una dimensión estatal y taxativa. Se distinguió el ente productor de los destinatarios y se expuso mediante una realidad formal legislativa.

El fin de la dispersión normativa representó para los juristas la constitución de la seguridad jurídica. Se cumplió así la exigencia ideológica liberal, pues se limitó la actividad punitiva del Estado y se facilitó el acceso al conocimiento de las conductas punibles.

La codificación ordenó y simplificó las normas existentes, y transformó radicalmente el método y los principios del Derecho. Los operadores jurídicos se limitaron al estudio de la ley. La cristalización en *corpus* facilitó la formación jurídica y ella fue una operación de ordenación simbólica.

Los operadores jurídicos dejaron de resolver el caso en función de justicia, resolvieron en función de la ley, o sea, del código. Menospreciaron la utilización de otras fuentes.

En el siglo XX los cuerpos legales fueron la centralidad del sistema jurídico, constituyeron el elemento primordial para los operadores jurídicos. Establecieron la forma de concebir al Derecho y de razonar lo jurídico. Generaron su propia cultura.

El fenómeno jurídico se encuentra en plena tensión entre los elementos dinámicos y estáticos, los primeros con transcurso del tiempo debilitaran sus sistemas. El ser del Derecho prevalece a su modo de presentación.

El legislador puede encapsularlo en normas sólo por un momento, en forma permanente es imposible por la cualidad histórica del actuar humano.

II

Esta fijación y encerramiento generó una situación de rigidez. La necesidad de actualizar y especializar las normas para adecuarlas a los cambios sociales produjo la necesidad de reforma del *corpus*.

* Secretario e investigador del Centro de Estudios e Investigaciones de Historia del Derecho (CEIHDE), y profesor adjunto de Historia del Derecho en la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad del Salvador, Buenos Aires Argentina (USAL).

Esta necesidad se expresó en leyes que se incorporaron al cuerpo legal y en otras que fueron extravagantes a él, así dejó de albergar a todas las normas de la rama jurídica. Los postulados dogmáticos codificadores manifestaron su crisis ante la pérdida de la centralidad del *corpus*. No pudo encorsetarse lo dinámico.

El código pasó a ser un microsistema jurídico más. Perdió su cualidad de estatuto de Derecho común y general, pasó a ocupar un papel de Derecho residual regulando aspectos no alcanzados por las leyes especiales.

Estos microsistemas regulan la mayoría de las relaciones sociales. Cada uno de ellos sustrae al código diferentes materias para regularlas de forma diferente.

Me aparto de lo expresado por los maestros Natalino Irti y Alejandro Guzmán Brito en cuanto a lo que entienden por descodificación, en mi opinión ella constituye la pérdida de la cultura jurídica del Código y de la significación de éste último como símbolo ordenador.

Considero que la existencia de leyes extravagantes al *corpus*, aún cuando estas rompan con su *ratio* no significa que halla descodificación sin que el proceso signifique la pérdida de la cultura del código y su simbolización. Cuando se de sólo lo primero hay que definirlo como erosión.

El Código penal de 1886 sufrió algunas modificaciones menores en materia de cheque y de prostitución. Las conductas punibles estaban descriptas entre su texto y el de la ley 49 en materia federal.

En 1916 Rodolfo Moreno (h.) presentó un proyecto de reforma del viejo código, luego de un largo camino y modificaciones que fue sancionado como un nuevo cuerpo legal penal en 1921.

Acompañó junto a los otros cuerpos legales de la fundación de una nueva cultura jurídica, donde los juristas y operadores jurídicos le brindaron culto como símbolo ordenador.

Había irrumpido en positivismo en las cátedras de la Universidad de Buenos Aires a finales del siglo XIX, ello sucedió a través de la Sociedad de Antropología Jurídica que había comenzado a funcionar en 1888, si bien su vida fue breve su influencia no fue menor. El desarrollo de nuestro del Derecho penal y los primeros pasos en su cristalización debe comprenderse en el marco del positivismo, el eclecticismo decimonónico había concluido.

No fue pacífica la doctrina y las opiniones de los jueces sobre las virtudes del *corpus* penal. Hubo muchas ocasiones en las que existió el ánimo de modificar en forma completa la normativa penal, siempre los ánimos influidos por los cambios políticos y sociales.

No pocos casos estas últimas han roto la *ratio* del sistema penal, si lo hicieron en materias penales administrativas, violencia en el deporte, armas, defensa nacional y espionaje, estupefacientes, menores, previsionales y tributarias, por ejemplo al no albergar el dolo y la culpa como elementos constitutivos del delito y sólo bastar la falta formal para constituirlo, o no perseguir la punibilidad de la conducta sino el tratamiento del enfermo o la protección de las personas.

El régimen del menor (ley 10903 y modificaciones) quedó fuera del cuerpo legal penal, como también las de asistencia familiar asistencia y violencia familiar (ley 24417), estupefacientes (ley 23737).

No sólo el congreso erosionó o modificó el *corpus* punitivo, también lo hizo el poder ejecutivo a través de sus decretos, tanto en situaciones de *iure* como *de facto*, son ejemplo los siguientes decretos leyes durante interrupciones democráticas: prenda con registro (15348/46), Convenio Internacionales sobre genocidio (6286/56), prohibición de juegos de azar (6618/57), prostitución y tratos de personas (11925/57), entre otros.

En tiempos democráticos el poder ejecutivo apeló también a decretos que alteran al cuerpo penal, ya sea modificándolo o erosionándolo, ejemplos son: armas y explosivos (395/75 modificado por el 64/95), Estupefacientes (1148/91), Terrorismo (1235/2001), entre otros.

Observé que también afectaron la técnica codificadora penal las resoluciones del ministerio del interior, de la comisión nacional antidoping, del registro nacional de armas, entre otros entes.

Los tratados internacionales suscriptos por la argentina también han alterado en algún caso la *ratio* del sistema, superponiendo y contradiciendo contenidos de nuestro orden jurídico. Destaco que algunos de ellos fueron elevados a rango constitucional, ascendiendo a ésta categoría principios y órganos penales.

Entre los pactos internacionales elevados a rango constitucional y que afectan la *ratio* del *corpus* punitivo encuentro a: Convención Americana sobre Derechos Humanos, Convención contra las Torturas y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Apartheid, Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, y la Declaración Universal de Derechos Humanos.

El Código Penal desde su sanción en 1922 sufrió alrededor de 160 modificaciones entre leyes, decretos leyes, decretos, y resoluciones. El siglo XX encontró un Estado superproductor de normas, con una mayor especialización en la regulación de cada estatuto.

Este fenómeno de producción de normas llevó a la dispersión de las normas, las leyes por su especialización albergan normas de diferentes ramas jurídicas, ya no se organiza por materia sino por cuestión.

La fuerte intervención estatal en la regulación de las diferentes actividades, generó en materia penal que las normas punitivas se encuentren presentadas bajo los modelos axiomático deductivo y acumulativo, en textos general y especiales.

Revisé revisado manuales, tratados y artículos de materia penal y en todos ellos sus autores mantienen la cultura del código y su rol de símbolo central, en esta materia sus cultores y operadores no advierten el proceso de erosión o de descodificación.

III

Esta cultura y propuesta de sistema codificado no tuvo en cuenta el dinamismo como cualidad jurídica. Se buscó encerrar la realidad en el ámbito normológico. La descodificación es síntoma de la imposibilidad de encorsetar en forma perdurable al Derecho y consecuencia de su historicidad.

Entre historicidad y sistema, el Derecho encuentra idealmente su ubicación en el universo recorrido por una íntima contradicción, aquí está el privilegio y el drama del jurista, mediador entre la historia y los valores, necesariamente aprisionado en una doble disponibilidad según la complejidad de su objeto cognitivo.

La codificación y la descodificación, son el resultado de tensiones entre el universalismo y el particularismo, el Derecho planificado frente al espontáneo, el idealismo con respecto al realismo.

La realidad social en nuestro tiempo se desarrolla rápida e intempestivamente, no permite en su avance una adecuada reflexión sobre sus causas y consecuencias, la inmediatez frente al delito provoca la necesidad de rápidas modificaciones legislativas, como ya dije aumentando en forma desproporcionada la especialidad de las conductas y sus regulaciones.

En el caso de nuestro *corpus* penal no encuentro una descodificación sino una erosión a través de leyes extravagantes que pocos casos atentan contra su *ratio*.

BIBLIOGRAFÍA

Legislativas:

Nacionales.

- CÓDIGO PENAL DE LA REPÚBLICA ARGENTINA
- CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ARGENTINA

Internacionales.

Doctrinales:

- FEDERICI, Mario, "Transformaciones del Derecho. Emergencia y crisis de los paradigmas del Derecho moderno", *Anuario de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas UAI*, Buenos Aires, Cátedra, 2007, pp. 79-98.
- FRONTERA, Juan Carlos, "Cultura y sistema jurídico. Reflexiones a partir del proceso de descodificación", N° 36, *Equipo Federal del Trabajo*, Año III, 2008. www.eft.org.ar.
- FRONTERA, "Antecedentes, causas, consecuencias y pronóstico de la crisis de la dogmática jurídica", cap. 6, *AAVV, Temas de filosofía del Derecho*, t. 1, Buenos Aires, 2003.
- FRONTERA, "La descodificación como síntoma de la Historicidad del Derecho", *Revista electrónica del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales "Ambrosio L. Gioja"*, N° 1, Buenos Aires, 2007 www.derecho.uba.ar/revistagioja/.
- FRONTERA, "Cristalización vs. Dinamismo e los cuerpos normativos", *La ley*, Buenos Aires, 5-7-2007, Suplemento USAL.
- JAKOBS, Günther, *¿Qué protege el derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?* Mendoza, Ediciones Jurídicas Cuyo, impresión de 2004
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl y ARNERO, Miguel Alfredo, *Digesto de codificación penal argentina*, t. 1-7, Madrid, AZ, 1996.