

Este criterio no es nuevo entre nosotros, pues ya da sustento a la disposición del artículo 314 del Código Penal Procesal Nacional que establece que si la pena de prisión que probablemente acarrearía la condena, pudiese ser de cumplimiento domiciliario, la prisión preventiva también deberá ser domiciliaria (lo que atraparía los casos previstos por el artículo 10 del Código Penal y por el artículo 33 de la ley 24.660).

Podría decirse que esta propuesta se basará en aplicar analógicamente: <sup>6</sup> a estas hipótesis, la solución prevista en el artículo 314 del Código Procesal Penal Nacional, por la semejanza conceptual y fáctica entre ambas situaciones, posibilidad que ha sido aceptada por la doctrina y jurisprudencia procesal penal, siempre que sea en favor del imputado.

Entonces, si por concurrir los requisitos del artículo 17 de la ley 24.660 el resto de la pena probable se cumpliría en semilibertad (artículo 23) (es decir, en semidetención) la prisión preventiva no podrá ejecutarse en "prisión total", sino en "semiprisión": podría quizás hablarse de semiprisión preventiva. Y si por el mismo motivo, durante la ejecución de la pena que se espera, el agente podría gozar de salidas transitorias (artículo 16), este beneficio también deberá serle acordado en alivio de su encarcelamiento procesal.

Cabe agregar que tanto en las salidas transitorias como en la semidetención (que sean procedentes de acuerdo al artículo 17) siempre existirá el riesgo —conatural a ellas— de que el condenado no regrese (es decir, que se fugue). Por esta razón es que tal peligro (la fuga) no podrá ser invocado como motivo para negar al procesado (preso preventivo) la atenuación de la ejecución de su prisión preventiva que estará reducida a cautelar el cumplimiento del tiempo restante de una pena que, por su especial modo de ejecución, estará siempre preñado del riesgo de fuga inuito en las hipótesis de los artículos 16 y 23 de la ley 24.660.

Sentada esta posición, también deben advertirse que cuando (por la concurrencia de los requisitos del artículo 17, ley 24.660) fuese probable que el imputado, en caso de ser condenado, quedará en condiciones de obtener el beneficio del artículo 16 o del artículo 23 ley 24.660, existirá una franca atenuación del resto de la amenaza penal que sobre él se cierne, lo que disminuirá sensiblemente su posible interés por eludir la acción de la Justicia. Como este peligro será el único fundamento posible a esta altura del proceso para mantenerlo en prisión preventiva, deberá considerarse su posible excarcelación, pues la privación de libertad po-

drá haber dejado de ser "absolutamente indispensable" para conjurar aquel riesgo (artículo 280 del Código Penal Procesal Nacional).

Sólo como ejemplo repárese que si el Código Procesal Penal Nacional autoriza al juez a confiar que el imputado no obstaculizará los fines del proceso aunque la pena que pueda esperarse sea de hasta ocho años de prisión efectiva y de cumplimiento pleno, permitiendo en tal caso su eximición de prisión y su excarcelación (artículos 316 y 311) ¿por qué no podrá confiar en su sujeción al proceso y a la eventual pena, si el cumplimiento del resto de ésta se verá aliviado francamente por la posibilidad de salidas transitorias o semilibertad?

Habrà que tratar de establecer, ahora cuáles son las condiciones que permitirán a un procesado, por imperio de estas disposiciones de la ley 24.660, atenuar el modo de cumplimiento de su prisión preventiva, o lograr su excarcelación.

La principal cuestión a tener en cuenta es que el inciso I a) del artículo 17, condiciona la incorporación al régimen de salidas transitorias y al de semilibertad, a que el beneficiario se encuentre comprendido en algunos de los siguientes "tiempos mínimos de ejecución": a) Pena temporal sin la accesoria del artículo 52 del Código Penal: la mitad de la condena.

Desde nuestro punto de vista, tratándose de un procesado ("preso-preventivo"), este requisito debería traducirse así: una prisión preventiva que computada de acuerdo al artículo 24 del Código Penal sea equivalente a la mitad de la condena que se espera. Es que si el tiempo de prisión preventiva, en caso de condena, será computado como pena (artículo 24 del Código Penal) en beneficio del agente, no puede dejar de computarse así con anterioridad a que la condena se dicte o antes de que la dictada y recurrida quede firme.<sup>7</sup>

Para estimar la pena que se espera habrá que distinguir algunas situaciones. Si la condena no se hubiere dictado, la cantidad y calidad de la sanción probable deberá ser estimada prima facie por el tribunal a cargo del proceso, tal como se establece, por ejemplo, para la posible ejecución condicional de la futura sentencia condenatoria, a los fines de la concesión o no de la excarcelación (artículos 316 y 317 del Código Procesal Penal Nacional); o como se dispone para establecer el tiempo de encierro efectivo que sufrirá el imputado si fuere condenado, para verificar si por coincidir con el que lleva en prisión preventiva, sería de aplicación el artículo 13 del Código Penal (artículo 317, inciso 5 del Código Procesal Penal Nacional).

Si se hubiere dictado una condena y ésta estuviere recurrida por el actor penal, la cantidad y calidad de la pena a tener en cuenta será la establecida por aquélla,

<sup>7</sup> En lo que se "refiere a los plazos temporales para avanzar en el régimen progresivo, creo que una correcta interpretación permite arribar a la conclusión de que el plazo transcurrido en prisión preventiva debe ser computado a estos fines" asevera Salt, Marcos, Comentarios a la nueva ley de ejecución de la pena privativa de libertad, *Nueva doctrina penal*, N° 2, página 674.

tal como se establecía para algunas hipótesis de excarcelación (ver artículo 379, inciso 5 del Código Procesal Penal Nacional anterior) que la autorizaba si la "sentencia no firme" imponía una pena que permitiera obtener la libertad condicional.<sup>8</sup> Si la condena no estuviese firme por haber sido recurrida exclusivamente por el imputado, el requisito del tiempo de ejecución no estará sujeto a una estimación probable sobre la futura pena, sino que existirá certeza al respecto porque la pena ya impuesta no podrá variar en su perjuicio<sup>9</sup> (prohibición de la *reformatio in peius*).

Será una cuestión de hecho establecer, en cada caso concreto, si concurren los requisitos de conducta y concepto previstos en el artículo 17 (véase nota N° 3), cuya obtención debería procurarse permitirse durante la ejecución de la prisión preventiva al amparo del artículo 178 de la ley 24.660 (y del artículo 6° del decreto 303/96). Esta situación es equivalente a la verificación de la observancia de los "reglamentos carcelarios" a que se condiciona la actual hipótesis de excarcelación contemplada por el artículo 317, inciso 5 del Código Procesal Penal Nacional.

Por cualquiera de las vías mencionadas en las líneas precedentes, y dadas las condiciones del artículo 17, un "preso preventivo" podrá beneficiarse con las disposiciones de los artículos 16 y 23, aun cuando no hubiese adquirido con firmeza la condición de "penado".

Pero para dejar expresamente consagrada y con fuerza legal esta interpretación, conviene así proponerlo mediante este proyecto de ley.

José I. Cafferata Nores.

—A la Comisión de Legislación Penal.

#### PROYECTO DE LEY

El Senado y Cámara de Diputados, ...

Artículo 1° — Modifícase el artículo 119 del Código Penal, el que quedará así redactado:

Artículo 119: Será reprimido con reclusión o prisión de seis a quince años, el que tuviere acceso

<sup>8</sup> La ley se estima en esta hipótesis, a favor del imputado-condenado, "que la sentencia de segunda instancia no modificará negativamente su situación", señalamos en Cafferata Nores, José y otros; *La excarcelación* (Buenos Aires, 1988), página 69.

<sup>9</sup> En esta hipótesis las soluciones que proponemos son de toda evidencia, pues si no fueran aceptadas, el condenado quedaría privado de ejercer en plenitud su derecho a recurrir, viéndose obligado a no hacerlo o a desistirse del recurso interpuesto, para poder obtener los beneficios de los artículos 16 y 23 de la ley 24.660. Ello sería violatorio del espíritu de las impugnaciones que nunca pueden tener efecto perjudiciales para el condenado, como sería privarlo del goce de estos derechos si son interpuestas sólo en su favor.

carnal con persona de uno u otro sexo, por vía vaginal, anal u oral, en los casos siguientes:

1. Cuando la víctima fuere menor de doce años.
2. Cuando la persona ofendida se hallare privada de razón o de sentido, o cuando por enfermedad o cualquier otra causa no pudiera resistir.
3. Cuando se usare la fuerza o intimidación.

Art. 2° — Comuníquese al Poder Ejecutivo.

José M. Corchuelo Blasco. — Mario Das Neves. — Elsa Melogno.

#### FUNDAMENTOS

Señor presidente:

Muchos tribunales judiciales, al hacer una interpretación restricta de los delitos, han favorecido a muchos violadores, quienes finalmente fueron condenados por ultraje al pudor o abuso deshonesto.

El debate no es nuevo: especialistas en derecho discuten hace varios años sobre si el sexo oral, contra la voluntad de la víctima, es abuso deshonesto o violación.

Las vertientes giran hacia ambas respuestas: quienes se inclinan por el abuso deshonesto, justifican su postura en el hecho de que en el sexo oral (*fellatio*), no habría penetración; mientras que quienes lo consideran violación, entienden que el coito se produce tanto por vía anal, vaginal u oral: en todos esos casos se produce un acceso carnal no deseado.

Creemos que la gravedad del sexo oral forzado, no sólo implica un acceso carnal no querido, sino que es una forma infame de violación, que precisamente involucra situaciones que, por no explícitamente legisladas, llevan al delincuente a purgar penas mínimas, y por delitos menores.

Entendemos que ello puede salvarse si se da una redacción clara a la tipicidad del delito penal; por eso proponemos agregar al acceso carnal previsto en el artículo 119 del código de fondo, las características de "vaginal, anal u oral". Con ello evitamos toda discusión doctrinaria que favorezca a aquellos delincuentes en delitos contra la honestidad, y que generalmente hacen sus víctimas a los niños, las personas discapacitadas o mujeres indefensas.

Creemos que nuestros pares compartirán nuestra opinión, y por tanto se dará pronta aprobación a este proyecto de ley modificatorio del artículo 119 del Código Penal.

Y así lo solicitamos.

José M. Corchuelo Blasco. — Mario Das Neves. — Elsa Melogno.

—A la Comisión de Legislación Penal.